Die natürlichen Verbindlichkeiten

(sogenannte Naturalobligationen)

des BGB.

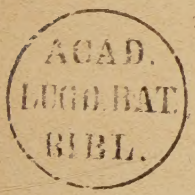
Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock



vorgelegt

von

Franz Allendorff

Referendar in Schubin.

ROSTOCK

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1904

Digitized by the Internet Archive.
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0077

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Der Verfasser.

Litteraturverzeichnis.

Archiv für Bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann, Bd. 12, Heft 2, 1897.

Arnheim, Über Spiel und Wette (Inaugural-Dissertation) 1898.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1896.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. 2, 1853.

Brinz, Kritische Blätter zivilistischen Inhalts Nr. 3, 1852.

Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des gemeinen Rechts, 1898.

Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900.

Cretschmar, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1, 1902.

Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900; Bd. 2, 1902.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, Bd. 1, 1902; Bd. 2, Abt. I, 1899, Abt. II, 1901; Bd. 4, 1903.

Dernburg, Pandekten, Bd. 2, 1900.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Bd. 2, 1882.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1903.

Enneccerus u. Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1, 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 1, 18, 30, 35, 38, 40, 42, 43, 47, 48.

Gareis, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.

Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 22. Lieferung, 1901.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.

Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 7, 1865: Bd. 38, 1898.

Kuhn, Welche Erscheinungen kennt das Bürgerliche Gesetzbuch, die den gemeinrechtlichen Naturobligationen gleichartig oder ähnlich sind? (Inaug.-Dissertation) 1903.

Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1853.

Kuhlenbeck, das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. 1, 1899.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Teil 1898, II. Teil 1899.

Levy, Die naturalis obligatio im Bürgerlichen Gesetzbuch. (Inaugural-Dissertation) 1901.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1900.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Buch 1 u. 2, 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1896; Bd. 4, 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1900.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1899.

Opet, Das Verwandschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 1898; Bd. 2, 1900.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Bd. 1, 1899.

Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess, herausgegeben von Hoffmann, Sommerlatt und Wulfert, Bd. 7, 1897.

Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. 1, 1851.

Scherer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1897.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1899.

Schindler, Die gewerbsmässige Heiratsvermittlung, 1901.

Schwanert, Die Natural-Obligationen des röm. Rechts, 1861.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 1900.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 1878.

Thöl, Das Handelsrecht, Bd. 1, Abt. II, 1876.

Weber, Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, 1800.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten, 1888.

Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 1898.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1 u. 2, 1900.

Disposition.

I. Einleitung:

§ 1. Allgemeine Bemerkungen.

§ 2. Die römischrechtlichen Naturalobligationen.

II. Die natürlichen Verbindlichkeiten (sogenannte Naturalobligationen) des BGB.

A. Allgemeines.

§ 3. Kennt das BGB. Naturalobligationen?

§ 4. Die für die Erscheinungen des BGB. in der Litteratur sich findenden Bezeichnungen.

B. Abgrenzung des Themas.

1. Die auszuscheidenden Fälle:

§ 5. a) Diejenigen, die überhaupt keine Obligation zur Entstehung kommen lassen.

§ 6. b) Diejenigen, bei denen es sich um eine vollkommene Obligation handelt.

§ 7. 2. Die Fälle des § 814.

§ 8. 3. Die zu behandelnden Fälle.

C. Die natürlichen Verbindlichkeiten des BGB. im Einzelnen.

1. Diejenigen, die das Gesetz missbilligt.

§ 9. Spiel und Wette, § 762 bis 764 BGB.

§ 10. Ehemäklerlohn.
2. Diejenigen, die das Gesetz nicht missbilligt.
§ 11. Verjährung.
§ 12. Ausstattung.
III. Schluss.
§ 13. Versuche in der gemeinrechtlichen Litteratur, das Wesen der Naturalobligationen nach einheitlichen Gesichtspunkten zu erklären.
§ 14. Inwieweit kommen diese noch für das BGB. in Betracht?

I. Einleitung.

§ 1.

„Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann."

So lautet § 89 der Einleitung des Allgemeinen Landrechts, ein Satz, auf den man im preussischen Recht die Klagbarkeit der Forderung zurückführte.

Dieser Satz gilt nicht nur im preussischen Recht; er gilt auch im deutschen, im römischen, kurz in jedem Recht eines zivilisierten Staates. Denn welchen Wert hätte eine Rechtsordnung, die zwar Rechte verleiht, jedoch kein Mittel an die Hand giebt, diese Rechte auch durchzuführen, einen eventuell dabei zu Tage tretenden Widerstand zu brechen!

Wäre der Einzelne darauf angewiesen, sein Recht eigenmächtig zur Durchführung zu bringen, so würde der daraus sich entspinnende Kampf stets mit einem Siege des Stärkeren enden, womit keinerlei Garantie für Gerechtigkeit geboten wäre. Daher ist Selbsthülfe nur in seltenen Fällen ausnahmsweise gestattet. In der Regel ist es der

Staat, der die von ihm aufgestellte Rechtsordnung durch seine Organe zu schützen hat.

> „Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi"

sagen bereits die Quellen in l. 176 D. 50,17.

Wer ein Recht, das ihm durch die Rechtsordnung zuerkannt ist, zur Durchführung bringen will, hat sich daher an den Staat zu wenden. Das Mittel, das ihm dieser dabei an die Hand gibt, ist regelmässig die Klage.

Nur im Wege der Klage kann prinzipiell die Erfüllung eines Anspruchs erzwungen werden und zwar grundsätzlich die eines jeden Anspruchs. Denn eine Forderung ohne Klagrecht ist gleichsam ein Bogen ohne Pfeil. Trotzdem gilt das Vorhandensein des Klagrechts, wie gesagt, nur grundsätzlich. „Im Rechtsstaat ist", wie Kuhlenbeck[1] meint, „das normale Kriterium der Obligation der staatliche Schutz, die Klagbarkeit. Aber dieses Kriterium ist eben nur das Normale. Es gibt auch klaglose Obligationen."

§ 2.

Schon im römischen Recht gab es Fälle, in denen zwar ein Schuldverhältnis bestand, in denen aber für den aus diesem Schuldverhältnis entspringenden Anspruch eine actio nicht gegeben wurde. Derartige Obligationen bezeichnen die Quellen als „obligationes naturales" im Gegensatz

1) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., Bd. 2, S. 5.

zu den „obligationes civiles", den klagbaren Obligationen.

Als Naturalobligationen kannte das römische Recht z. B. Verträge der Bürger mit Sklaven und der Sklaven untereinander, Verträge des pater familias mit den seiner Gewalt unterworfenen Personen und dieser untereinander, Darlehnsschulden der Hauskinder, die dem senatus consultum Macedonianum zuwider eingegangen waren, verjährte Forderungen, die nach einem zu Unrecht freisprechenden Urteil übrig bleibende Verbindlichkeit usw.

Die Wirkungen aller dieser Obligationen stimmen in dem negativen Punkte überein, dass eine Klage aus ihnen nicht gegeben wurde. Im Übrigen waren sie bei den einzelnen durchaus verschieden.

„Möglich ist bei ihnen jede Wirkung der vollkommenen Obligation."[1]

Die hauptsächlichste Wirkung bestand darin, dass einerseits, wenn die Leistung trotz Kenntnis der Klaglosigkeit erfolgte, damit eine Schuld getilgt war, und nicht etwa eine Schenkung vorlag, dass andererseits, wenn der Leistende die Klaglosigkeit nicht kannte, ihm keine condictio indebiti zustand, sondern vielmehr der Empfänger das Recht der soluti retentio hatte. Diese Wirkung war die regelmässige. Das solutum non repetere, der Ausschluss der Rückforderung bei Zahlung in Nichtkenntnis der Klaglosigkeit, war jedoch nicht ein Kriterium der

1) Dernburg, Pandekten, Bd. 2, S. 9.

Naturalobligation. Es ist nur „die erste Wirkung, die unter allen am häufigsten als Kennzeichen der naturalis obligatio angegeben wird".[1] „Nicht allen Naturalobligationen wohnt eine so weitgehende Kraft inne, meint Dernburg.[2] Wird z. B. jemand zu Unrecht rechtskräftig von seiner Schuld freigesprochen, und wird darauf die Schuld irrtümlich gezahlt, so kann das Gezahlte zurückgefordert werden. Trotzdem liegt hier eine Naturalobligation vor.[3]

Die naturalis obligatio konnte ferner als Grundlage einer Novation, eines Erfüllungsversprechens, einer Bürgschaft oder eines Pfandrechts, sowie einer Kompensation dienen. Doch alle diese positiven Wirkungen traten nicht regelmässig in jedem Falle einer natürlichen Verbindlichkeit ein.

Brinz sucht sie unter einen einheitlichen Begriff zu bringen, indem er den Satz aufstellt: „Die naturalis obligatio ist zahlbar".[4]

Windscheid wendet sich gegen diese Formulierung, da in dem Erfüllungsakt der Zahlung nicht die einzige positive Wirkung liege, sondern die rechtliche Anerkennung sich auch in Erscheinungen zeige, die nicht Erfüllungsakte seien, z. B. Bürgschaft und Pfandbestellung.[5] Dagegen wendet Dernburg

1) Savigny, Das Obligationenrecht, Bd 1, S. 45.

2) Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Bd. 2, S. 6.

3) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, S. 168 Anm. 5.

4) Brinz, Kritische Blätter civilistischen Inhalts, Nr. 3, S. 48.

5) Windscheid, a. a. O. Bd. 2, S. 165, Anm. 5.

ein, dass dies zwar zutreffe, die Hauptwirkung der Naturalobligation jedoch in ihrer Erfüllbarkeit bestehe.[1] Scheurl schlägt vor, an Stelle des Wortes „Zahlbarkeit" das Wort „Anerkennbarkeit" zu setzen.[2]

Kuhlenbeck bezeichnet das Wesen der naturalis obligatio mit den Worten:

„Die Naturalobligation ist erfüllbar, nicht erzwingbar".[3]

Auf die vielfachen Streitfragen im Einzelnen an dieser Stelle einzugehen, würde zu weit führen, da das Thema nur die Naturalobligationen des BGB. behandelt wissen will.

1) Dernburg, Pandekten Bd. 2, S. 10.

2) Scheurl in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 7, S. 328.

3) Kuhlenbeck, Von den Pandekten . . . a. a. O., Bd. 2, S. 8.

II. Die natürlichen Verbindlichkeiten (sogenannte Naturalobligationen) des BGB.

A. Allgemeines.

§ 3.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch kennt ähnliche Erscheinungen. Es finden sich in ihm Schuldverhältnisse, bei denen einerseits jeder Zwang im Wege der Klage ausgeschlossen ist, andrerseits die erfolgte Zahlung als Erfüllung einer Verbindlichkeit anzusehen ist.

Da die im BGB. behandelten Fälle im Resultat mit den römischrechtlichen übereinstimmen, sind wir berechtigt, auch für die ersteren die Bezeichnung „Naturalobligationen" zu gebrauchen.

Doch während der Ausschluss der condictio indebiti bei den Naturalobligationen des römischen Rechts, wie erwähnt, die Regel bildet, jedoch nicht ausnahmslos für jede derselben gilt, findet sich im BGB. in Bezug auf alle Fälle, die man als natürliche Verbindlichkeiten zu bezeichnen berechtigt ist, die ausdrückliche positive Bestimmung, dass die Rückforderung des zum Zwecke der Erfüllung Geleisteten ausgeschlossen ist. Wir können demnach, da diese

Wirkung durchgängig und ausnahmslos festgestellt wird, diese Eigenschaft der Naturalobligation für das BGB. mit vollem Recht als ein Kriterium derselben bezeichnen. Damit ist jedoch keineswegs umgekehrt gesagt, dass in allen Fällen, in denen die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen ist, eine natürliche Verbindlichkeit vorliegt.

Im Übrigen lässt sich in Bezug auf das positive Moment von den analogen Erscheinungen des BGB. dasselbe sagen, was von den römischrechtlichen Naturalobligationen gesagt ist. Die Wirkungen lassen sich nicht einheitlich feststellen.

„Für jede einzelne Verbindlichkeit muss ihr rechtlicher Gehalt besonders festgestellt werden". [1]

§ 4.

Es ist daher einerseits erklärlich, dass das Bürgerliche Gesetzbuch keine einheitlichen Rechtsregeln für natürliche Verbindlichkeiten aufstellt, andererseits zu billigen, dass es keinen einheitlichen Namen für diese Verhältnisse einführt.

Die Motive reden von einer „unvollkommenen" Obligation.[2]

In der sonstigen Litteratur werden die mannigfachsten Bezeichnungen gebraucht:

Übereinstimmend mit den Motiven sprechen z. B. von „unvollkommenen" Schuldverhältnissen Crome,[3] Oertmann[4] und Stammler.[5]

1) Windscheid. a. a. O. Bd. 2, S. 164.
2) Motive zu dem Entwurf eines BGB., Bd. 2, S. 3.
3) Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2,
4) Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 2.
5) Stammler. Schuldverhältnisse im „Handwörterbuch der Staatswissenschaften", S 613.

Matthiass bezeichnet diesen Ausdruck als „wenig zutreffend", weil er die Vorstellung erwecke, als fehle es „an einem wesentlichen Element" des Schuldverhältnisses.[1]

Es findet sich auch vielfach der Ausdruck „klaglose Schuldverhältnisse", z. B. bei Buchka[2] und Ubbelohde.[3]

Die Bezeichnung „klaglose Schuldverhältnisse" dürfte aus dem Grunde nicht genau sein, weil bei der Verjährung die Erhebung der Klage angängig, unter Umständen sogar auf Grund derselben eine vollwirksame Verurteilung möglich ist, wie darzutun sein wird. Berechtigung zu dieser Bezeichnung dürfte nur vorhanden sein, wenn man, wie die Motive es thun,[4] unter „klagbarer" Obligation ein Schuldverhältnis versteht, bei dem die Erfüllung der Verbindlichkeit durch Klage erzwingbar ist, unter „klaglosem" Schuldverhältnis also ein solches, bei dem ein Zwang im Wege der Klage ausgeschlossen ist Letzteres trifft auch bei der Verjährung zu.

Kuhlenbeck nennt die in Frage stehenden Obligationen „nicht erzwingbar" mit Rücksicht darauf, dass ihnen das Recht jegliches, auch indirekte Zwangsmittel versage.[5] Dies dürfte nicht in vollem Umfange zutreffen. Es ist z. B., wie unten zu zeigen sein wird, eine Aufrechnung mit einer verjährten

1) Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 320.
2) Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. u. des gem. Rechts, S. 59
3) Ubbelohde in Jherings Jahrbüchern a. a. O. Bd. 38.
4) Motive a. a. O Bd. 2, S. 3.
5) Kuhlenbeck, Von den Pandekten a. a. O. Bd. 2, S. 8.

Forderung unter Umständen zulässig, und zwar auch gegen den Willen des Schuldners. Darin dürfte ein indirektes Zwangsmittel zu erblicken sein.

Die von Levy[1] aufgestellte Bezeichnung „Erfolgsverbindlichkeiten" ist irreführend. Er gründet sie darauf, dass diese Verbindlichkeiten erst mit der Erfüllung als rechtliche in Erscheinung treten. Dies entspricht jedoch nicht den tatsächlichen Verhältnissen. Es kann z. B. für eine verjährte Forderung schon vor der Erfüllung ein Pfand bestellt oder eine sonstige Sicherheit geleistet werden. Dadurch dokumentiert sich doch jedenfalls das Vorhandensein dieser Obligation; damit tritt sie in Erscheinung und zwar schon vor der Erfüllung. Zutreffend wäre die genannte Bezeichnung vielleicht für einige Verträge des BGB., die an einem Mangel der Form leiden, bei denen jedoch durch Erfüllung dieser Mangel geheilt wird; denn hier entsteht die Verbindlichkeit erst mit eintretendem Erfolg. Es bilden diese Fälle jedoch, wie unten nachzuweisen sein wird, keine Naturalobligationen.

Am passendsten wird der Ausdruck „natürliche Verbindlichkeit" sein, der auch der in der Literatur gebräuchlichste ist.[2] Ihm steht gleich die Bezeichnung „Naturalobligation"; denn der Ausdruck „natürliche Verbindlichkeit" ist nichts anderes als eine Übersetzung der Worte naturalis obligatio.

1) Levy, Die naturalis obligatio im BGB., S. 24.

2) Zu vgl. z. B. Cretschmar, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1, S. 73; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 588. Enneccerus u. Lehmann, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1, Abt. II, S. 374. Kipp bei Windscheid, a. a. O. Bd. 2, S. 174. Matthiass, a. a. O. S. 320. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren, S. 26.

B. Abgrenzung des Themas.

1. Die auszuscheidenden Fälle.

Bevor zur Behandlung der einzelnen Naturalobligationen geschritten werden kann, ist festzustellen, welche Fälle im BGB. es sind, die uns berechtigen, hier von natürlichen Verbindlichkeiten zu sprechen.

§ 5.

Auszuscheiden sind zunächst die Fälle, die überhaupt keine Obligation zur Entstehung kommen lassen.

a) Dazu gehören vor allem diejenigen der §§ 313, 518 und 766 BGB., die vielfach als Naturalobligationen aufgefasst werden.[1]

§ 125 S. 1 BGB. enthält die Bestimmung, dass ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig ist; jedoch besteht in einigen Fällen die Möglichkeit, durch nachträgliche Erfüllung den Mangel der Form zu heilen. Es gehören hierhin die genannten drei Fälle:

1. Der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, wenn die vorgeschriebene gerichtliche oder notarielle Beurkundung fehlt. § 313.

2. Das Schenkungsversprechen, wenn es der erforderlichen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ermangelt § 518.

3. Der Bürgschaftsvertrag, bei dem eine schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung gegen die gesetzliche Vorschrift des § 766 nicht erfolgt ist.

1) Kipp bei Windscheid, a. a. O. Bd. 2 S. 176. Ubbelohde in Jherings Jahrbüchern, a. a. O. Bd. 38 S. 219.

Es scheint allerdings, als ob diese Verträge die Wirkungen von Naturalobligationen äusserten: Eine Klage auf Erfüllung ist nicht zulässig. Ist jedoch die Erfüllung erfolgt, so ist eine Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen. Doch ist das Wesen dieser Verhältnisse ein ganz anderes als das einer natürlichen Verbindlichkeit. Die Naturalobligation ist, wie ausgeführt, eine Obligation, wenn auch nicht eine klagbare. In diesen Fällen besteht aber nicht einmal eine Obligation. Diese Ansicht rechtfertigt der Wortlaut des Gesetzes. § 313 besagt im Satz 2: „Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen;" d. h. vor der Auflassung und Eintragung war er nicht gültig, vielmehr nichtig. §§ 518 und 766 verlangen zur „Gültigkeit" der in ihnen behandelten Rechtsgeschäfte gerichtliche oder notarielle Beurkundung, bezw. schriftliche Erteilung der Erklärung. Dies will nichts anderes besagen, als dass bei Mangel dieser Formen die Verträge nicht gültig, sondern nichtig sind, wie es ja der allgemeinen Vorschrift des § 125, S. 1 BGB. entspricht.

In allen drei Fällen haben wir es also überhaupt nicht mit Obligationen zu tun; denn „ein nichtiges Schuldverhältnis" wäre ein Widerspruch in sich selbst. Man kann demnach diese Fälle nicht zu den natürlichen Verbindlichkeiten des BGB. rechnen. Wenn die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen ist, trotzdem ein nichtiger Vertrag

vorgelegen hat, so erklärt sich dies aus Zweckmässigkeitsgründen.

Auch Endemann und Enneccerus-Lehmann sprechen sich gegen die Behandlung dieser Verträge als Naturalobligationen aus.[1] [2]

b) Ebenso steht es mit dem von Kipp[3] unter den natürlichen Verbindlichkeiten des BGB. aufgezählten Fall des § 110. § 110 BGB. lautet:

„Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmässige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind".

Die Wirksamkeit eines derartigen Vertrages tritt also erst ein mit der Bewirkung der geforderten Leistung. Daraus folgt, dass der Vertrag vorher keine Wirksamkeit hatte, nicht einmal die einer Naturalobligation. Bis zur Erfüllung steht der obligatorische Vertrag voll und ganz unter der für die Verträge der Minderjährigen geltenden Regel,[4] also unter der Vorschrift des § 108 BGB. Er ist demnach nicht wirksam, bevor er nicht entweder genehmigt oder mit den angegebenen Mitteln erfüllt wird. Wenn das Gesetz den Vertrag bis zur Genehmigung bezw. Erfüllung für unwirksam erklärt,

1) Endemann, a. a. O. S. 587, Anm. 16c.
2) Enneccerus-Lehmann, a. a. O. S. 375, Anm. 2.
3) Kipp bei Windscheid, a a. O. Bd. 2 S. 175.
4) Scherer, Allgemeiner Teil des BGB., S. 151.

so liegt darin, dass es ihm bis dahin jegliche Wirkungen abspricht. Derartige Verträge können infolgedessen auch nicht als Naturalobligationen in Betracht kommen.

Was von dem Minderjährigen gesagt ist, gilt nach § 114 auch von dem wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten, sowie von demjenigen, der nach § 1906 BGB. unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist.

c) Stammler[1] und ebenso Buchka[2] bezeichnen als naturalis obligatio des BGB. auch den Fall des § 817:

War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen hat, und fällt dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last, so ist regelmässig die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen. Eine Ausnahme hiervon gilt für den Fall, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand. Jedoch kann das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden.

Es handelt sich hier um ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst. Ein solches ist nach BGB. § 138 nichtig. Ist trotzdem die Rückforderung ausgeschlossen, so erklärt sich dies nicht, wie Stammler[3] behauptet, daraus, dass das zur

1) Stammler, a. a. O. S. 30.
2) Buchka, a. a. O. S. 59.
3) Stammler, a. a. O. S. 30.

Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit Geleistete als Erfüllung einer rechtlichen Schuld angesehen wird, sondern, wie Ubbelohde[1] ausführt, lediglich aus dem Grundsatze: „Si et dantis et accipientis turpis causa est, potior esse debet causa possessoris“ (l. 8 D. 12,5).

§ 6.

Ferner sind auszuschliessen diejenigen Fälle, bei denen es sich um Obligationen handelt, die erzwingbar und deshalb vollkommene Obligationen sind.

a) Vielfach[2] werden zu den Naturalobligationen des BGB. auch §§ 1000, 1001, 2022 gerechnet.

Es handelt sich hier um den Anspruch, den der Besitzer einer fremden Sache oder Erbschaft wegen der Verwendungen hat, die er auf dieselbe gemacht hat. Er kann ihn nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wieder erlangt oder die Verwendungen genehmigt. Daraus folgt, dass er solange keine Klage gegen den Eigentümer hat. Wenn dieser jedoch den Besitzer wegen der Verwendungen befriedigt, so erfüllt er damit eine Verbindlichkeit. Wir haben es hier also mit einer erfüllbaren, aber nicht klagbaren Verbindlichkeit zu tun.

Und dennoch dürfte keine sogenannte „natürliche Verbindlichkeit“ vorliegen. Denn, wie oben erwähnt, ist bei einer Naturalobligation eine direkte

1) Ubbelohde, a. a. O. S. 222.

2) Zu vergl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O. Bd. 1[2] S. 376. Kipp bei Windscheid, a. a. O. Bd. 2 S. 176 Matthiass, a. a. O. S. 321. Ubbelohde, a. a. O. S. 218.

Erzwingung der Leistung in keiner Weise möglich. Hier aber hat der Gläubiger in doppelter Hinsicht Mittel und Wege, einen Zwang auf den Schuldner auszuüben:

Einmal kann er die Sache dem Eigentümer unter Vorbehalt seines Anspruchs anbieten. Nimmt der Eigentümer die ihm unter diesem Vorbehalt angebotene Sache an, so gilt die Genehmigung nach § 1001, Satz 3 als erteilt.

Zum andern hat er das Recht, die Herausgabe der Sache zu verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt ist.

Man könnte nun einwenden, dass einerseits der Schuldner eventuell die Rücknahme verweigern könne, dass andererseits für den Gläubiger die blosse Verweigerung der Herausgabo keine Befriedigung sei. Auch für diese Fälle hat das BGB. Fürsorge getroffen und zwar im § 1003. Danach kann der Besitzer den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz verlangten Betrags auffordern, sich innerhalb einer von ihm bestimmtem, angemessenen Frist darüber zu erklären ob er die Verwendungen genehmige. Nach dem Ablauf der Frist ist der Besitzer alsdann berechtigt, Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften des Pfandverkaufs, bei einem Grundstück nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen, wenn nicht die Genehmigung rechtzeitig erfolgt. Erfolgt sie in diesem Falle, so kann er nach § 1001 sein Recht im Wege der Klage geltend machen. Erfolgt sie nicht, sondern bestreitet

der Eigentümer vor Ablauf der Frist den Anspruch, so hat der Besitzer gemäss § 1003 Abs. 2 dessenungeachtet gleichfalls die Möglichkeit, sich aus der Sache zu befriedigen, in diesem Falle allerdings erst dann, wenn er nach rechtskräftiger Feststellung des Betrags der Verwendungen den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung aufgefordert hat, und die Frist verstrichen ist.

Was vom Besitzer dem Eigentümer gegenüber gilt, ist auch vom Erbschaftsbesitzer im Verhältnis zum Erben zu sagen; denn nach § 2022 Abs 2 finden die für den Eigentumsanspruch geltenden Vorschriften der §§ 1000—1003 auf den Erbschaftsanspruch Anwendung.

In beiden Fällen hat also der Gläubiger die Möglichkeit, seinen Anspruch zwangsweise durchzusetzen. Selbst die Klage ist ihm nicht versagt, wenn ihre Erhebung auch an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. Daher kann man hier von einer Naturalobligation nicht reden.

Dieser Ansicht ist auch Kuhlenbeck.[1] Er teilt die Obligationen in erzwingbare und nicht erzwingbare, erstere wiederum in vollkommene und unvollkommene Zivilobligationen. Zu letzteren rechnet er die erwähnten der §§ 1000, 1001, während er die nicht erzwingbaren mit „Naturalobligationen" identifiziert.

Die hier vertretene Ansicht teilt auch Ende-

1) Kuhlenbeck, Von den Pandekten, a. a. O. S. 6 ff.

mann[1] Er meint: „Die Fälle der bloss aufschiebenden Einrede, z B. §§ 1000, 1001, 2022 können schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil sie, wie das Zurückbehaltungsrecht, nicht den Leistungsanspruch selbst aufheben, sondern nur die Zeit oder Art usw. seiner jetzigen Geltendmachung treffen."

b) Ubbelohde ist der Ansicht, dass auch im Falle des § 343 BGB. eine natürliche Verbindlichkeit vorliege.[2] Danach kann eine verwirkte Vertragsstrafe, wenn sie unverhältnismässig hoch ist, auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung jedoch ausgeschlossen.

Ubbelohde meint, dass die Verpflichtung wenigstens zu dem Teile, um den auf Antrag des verklagten Schuldners das Urteil den vereinbarten Betrag als den Umständen nach zu hoch bemessen herabsetzt, eine natürliche Verbindlichkeit darstelle.

In der Litteratur wird bei Erörterung der Bestimmungen des § 343 die Frage, ob hier eine Naturalobligation besteht, meist mit Stillschweigen übergangen. Daraus jedoch, dass bei Aufzählung der einzelnen Fälle von natürlichen Verbindlichkeiten im BGB. eine Erwähnung des § 343 nicht stattfindet, ist zu folgern, dass die herrschende Ansicht die Auffassung Ubbelohdes nicht teilt. So verfahren z. B. Buchka, Dernburg, Kipp, Matthiass, Oertmann, Stammler u. A.

1) Endemann, a. a. O. S. 587, Anm. 16a.
2) Ubbelohde, a. a. O. S. 222.

Ausdrücklich äussert sich dagegen Endemann:[1]

Wenn die Rückforderung des bezahlten Übermasses ausgeschlossen sei, so beruhe dies auf dem Gedanken, dass die Leistung für den Schuldner nicht unerschwinglich gewesen sei, und der einmal vollzogene Rechtszustand nicht mehr gestört werden solle. Erfüllt sei eine vollkommene Schuld und nur der ausserordentliche Rechtsschutz des richterlichen Ermässigungsrechts entfalle.

Auch Enneccerus-Lehmann nimmt hier eine klagbare Verbindlichkeit an, die nur durch richterliches Urteil vor der Leistung herabgesetzt werden könne.[2]

Es erwähnt Ubbelohde nicht den analogen Fall des § 655 BGB., wonach die Herabsetzung eines unverhältnismässigen Dienstmäklerlohnes auf den angemessenen Betrag auf Antrag des Schuldners durch Urteil erfolgen kann, nach der Entrichtung des Lohnes eine Herabsetzung jedoch ausgeschlossen ist. Dieser Fall ist aus dem gleichen Grunde nicht als Naturalobligation aufzufassen.

c) In jedem Falle des BGB., in dem man von einer Naturalverbindlichkeit zu reden berechtigt ist, findet sich die positive Vorschrift, dass die Rückforderung des auf Grund der Verbindlichkeit zum Zwecke ihrer Erfüllung Geleisteten ausgeschlossen ist. Daraus folgt jedoch, wie bereits oben erwähnt, noch nicht, dass jedesmal eine natürliche Verbindlichkeit vorliegt, wenn das BGB. die Rückforderung

1) Endemann. a. a. O. S. 587. Anm. 16b.
2) Enneccerus-Lehmann, a. a O. Bd. 1^2. S. 375, Anm. 2.

ausschliesst. Ebensowenig wie im Falle des § 817 haben wir es in dem des § 813 Abs. 2 mit einer Naturalobligation zu tun.

§ 813 Abs. 2 schliesst die Rückforderung aus, wenn eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt wird.

Buchka sieht hierin den Fall einer obligatio naturalis.[1]

Dies dürfte jedoch nicht zutreffend sein Das BGB. versteht unter einer betagten Verbindlichkeit eine noch nicht fällige Verbindlichkeit.[2] Für eine solche ist aber die Erhebung der Klage nach den ausdrücklichen Vorschriften der Civilprozessordnung unter gewissen Voraussetzungen zulässig:

Es kann nach § 257 CPO. Klage auf zukünftige Zahlung oder Räumung erhoben werden, wenn die Geltendmachung einer nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderung oder die Geltendmachung des Anspruchs auf Räumung eines Grundstücks, eines Wohnraumes oder eines andern Raumes an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft ist.

Ebenso kann bei wiederkehrenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung erhoben werden gemäss CPO. § 258.

Schliesslich bestimmt CPO. § 259, dass auch ausser den Fällen der §§ 257, 258 Klage auf künftige Leistung erhoben werden kann, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der

---

1) Buchka, a. a. O. S. 59.

2) Dernburg, Das bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2^2, S. 594; Endemann, a. a. O. S. 390.

Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.

Wir haben es in allen diesen Fällen mit betagten Verbindlichkeiten zu tun, und trotzdem lässt das Gesetz eine Leistungsklage zu. Daraus folgt, dass hier eine natürliche Verbindlichkeit nicht vorliegen kann; denn das Wesen derselben schliesst jeden Zwang, namentlich den im Wege der Klage, aus.

Man könnte einwenden, dass auch bei der verjährten Verbindlichkeit, die einen Fall von Naturalobligationen darstellt, die Erhebung der Klage zulässig ist. Hier liegt der Fall jedoch ganz anders. Der Schuldner kann im Wege der Einrede die erhobene Klage entkräften, also in jedem Falle seine Verurteilung verhindern, während dies bei der betagten Verbindlichkeit nicht möglich ist.

Wenn der Vollzug der Vollstreckung nach CPO. § 751 Abs. 1 auch erst erfolgen kann nach Ablauf des Kalendertags, an dem die Leistung fällig ist, so sind die Voraussetzungen derselben doch schon vorher gegeben. Sobald das Urteil rechtskräftig geworden ist, hat der Gläubiger ein Zwangsmittel an der Hand, das er freilich erst später zu verwerten vermag.

Wenn also eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt wird, so ist damit eine vollkommene Schuld getilgt, nicht eine bloss natürliche.

2. Die Fälle des § 814.

§ 7.

Sehr bestritten ist die Frage, ob die im § 814 BGB. genannten Verbindlichkeiten, die auf einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht beruhen, durch die Bestimmung des § 814 allgemein als Naturalobligationen anerkannt sind, indem das zum Zwecke ihrer Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden kann. Die in der Litteratur vorherrschende Auffassung geht dahin, dass hier eine natürliche Verbindlichkeit vorliege.[1]

Anderer Ansicht sind Cosack, Dernburg und Crome.

Mit ihnen dürfen wir sagen, dass die bloss auf Sittlichkeit und Anstand beruhende Verpflichtung aus § 814 als Naturalobligation nicht anzusehen ist; denn eine Naturalobligation ist, wie oben ausgeführt, immerhin eine Obligation, wenn auch keine vollkommene Obligation. Die Verpflichtung jedoch, die bloss auf eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht zurückzuführen ist, ist keine Obligation, nicht einmal eine unvollkommene.

---

1) So Buchka, a. a. O. S. 59; Cretschmar, a. a. O. S. 73; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. Bd. 1^2, S. 376; Kipp bei Windscheid, a. a. O. Bd. 2, S. 176; Kuhlenbeck, Das BGB., a. a. O. S. 563; Neumann, Handausgabe des BGB., S. 129; Planck, BGB., Bd. 2, S. 6, 585; Oertmann, a. a. O. S. 2, der hier von einer „Naturalobligation in einem weiteren Sinne" spricht. Ubbelohde. a a. O. S. 221.

„Die bloss sittlichen Ansprüche sind überhaupt keine Forderungen im Rechtssinne"
sagt Cosack mit Recht.[1]

Schon Wendt spricht den Gedanken aus, dass es sich bei den Leistungen des täglichen Lebens, die aus Pietät, Anstandsgefühl, Nächstenliebe, Gewissenspflicht usw. erfolgen, um wirkliche indebita handelt.[2]

Man könnte nun einwenden, dass, wenn zu derartigen Leistungen keinerlei Verpflichtung besteht, wenn die Rechtsordnung sie nicht einmal als natürliche Verbindlichkeiten anerkennt, eine Rückforderung des Geleisteten zulässig sein müsste, die in Frage kommende Bestimmung des § 814 also mit dem oben Ausgeführten in Widerspruch stehe. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die Leistung nicht ohne Grund erfolgt ist, sondern hier als Schenkung betrachtet werden muss.[3]

Auch Dernburg[4] nimmt hier nicht die wahre Erfüllung einer Schuld, sondern vielmehr Schenkung an und verweist dabei auf § 534 BGB.:

> „Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung und dem Widerruf."

Endemann[5] wendet sich gegen Dernburg.

1) Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, S. 287.
2) Wendt, Lehrbuch der Pandekten, S. 442.
3) Ähnlich Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 18.
4) Dernburg, Das bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2[1], S. 11.
5) Endemann, a. a. O. S. 587. Anm. 18.

Nach Endemann ist im § 814 „eine sittliche Pflicht als juristisch wirkend anerkannt." Die Leistung gelte als Erfüllung einer Schuldverpflichtung, nicht als Schenkung. Er meint, dass §§ 534 und 814 verschiedene Fälle beträfen. § 534 besage nicht, dass jede Erfüllung einer sittlichen Pflicht als Schenkung aufzufassen sei; er schliesse nur die Rückforderung auch dann aus, wenn sie Schenkung sei.

Mit diesem letzteren Satze gibt Endemann zu, dass in der Erfüllung einer sittlichen Pflicht eine Schenkung liegen kann. Damit widerspricht er sich jedoch selber; denn er erklärt an anderer Stelle [1] schlechthin, dass die Leistung als Erfüllung einer Schuldverpflichtung gilt, nicht als Schenkung.

Weiter führt Endemann aus: [2]

Die Leistungen, die auf Grund von sittlichen Pflichten erfolgten, unterlägen deshalb nicht den die Schenkungen beschränkenden Sonderbestimmungen, weil ihre Erfüllung als Erfüllung einer Schuldverpflichtung gelte, nicht als Schenkung.

Er erkennt also damit auch nicht für die Bestimmungen der §§ 534, 1446 Abs. 2, 1641, 1804, 2330 derartige Leistungen als Schenkungen an. Damit steht aber der Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch. Im Widerspruch dazu stehen auch seine eigenen Bemerkungen zu §§ 1804 und 2330;

---

1) Endemann, a. a. O. S. 587, unter c.
2) Endemann, a. a. O. S. 587, Anm. 18.

Der Vormund kann derartige „Schenkungen" selbstständig vornehmen, bezw. keine Anfechtung wegen Verletzung des Pflichtteils durch solche „Schenkungen".

Die von Cosack und Dernburg vertretene Ansicht wird auch von Crome geteilt.[1] Er rechnet zu den als Naturalobligationen anerkannten sittlichen oder Anstandspflichten die Ausstattung und die Zahlung eines präjudizierten Wechsels, während er die übrigen derartigen Pflichten nicht einmal als unvollkommene Verbindlichkeiten anerkennt, da sie auf dem Gebiete der Moral oder unserer sozialen gesellschaftlichen Anschauungen lägen.

Allerdings umfasst § 814 auch die natürlichen Verbindlichkeiten; denn auch natürliche Verbindlichkeiten sind, wie unten nachzuweisen sein wird, solche, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen.[2]

Es sind also die blossen Sittlichkeits- und Anstandspflichten auszuscheiden.

Auszuscheiden sind selbstverständlich die Fälle des § 534 Buchka[3] nimmt auch hier Naturalobligationen an. Dem steht entgegen, dass das Gesetz hier ausdrücklich von „Schenkungen" redet. Bei Naturalobligationen handelt es sich dagegen

1) Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 17.

2) „§ 814 betrifft beides", meint Dernburg, Das bürgerliche Recht. a. a. O. Bd. 2[1], S. 11. Er scheidet scharf bloss ethische und soziale Verbindlichkeiten von unvollkommenen Verbindlichkeiten.

3) Buchka, a. a. O. S. 59.

stets um Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit, nicht um eine Schenkung.[1]

3. Die zu behandelnden Fälle.

§ 8.

Auf die Ausstattung als natürliche Verbindlichkeit wird des näheren einzugehen sein.

Weiter kommen als Naturalobligationen des BGB. in Betracht die Verbindlichkeiten aus Spiel und Wette und diejenigen, welche das Gesetz als diesen gleichstehend erachtet, nämlich die Verbindlichkeiten aus einem Lotterie- oder Ausspielvertrag, wenn Lotterie oder Ausspielung staatlich nicht genehmigt sind, sowie aus einem Differenzgeschäft im Sinne des § 764 BGB., und zwar werden diese Verbindlichkeiten allgemein in der Litteratur als Naturalobligationen angesehen.

Es ist weiter zu nennen die Verpflichtung zur Zahlung des Ehemäklerlohns, die vor allem Kohler und Meisner nicht als natürliche Verbindlichkeit gelten lassen wollen.

Schliesslich wird noch die einer verjährten

---

1) Vom präjudizierten Wechsel haben wir hier nicht zu reden, da sich das Thema auf die Naturalobligationen des BGB. beschränkt; ebensowenig, und zwar aus demselben Grunde, von dem Fall, dass der Gemeinschuldner seine Gläubiger über die im Zwangsvergleich oder freiwilligen Akkord festgesetzte Rate hinaus befriedigt. Es sind dies natürliche Verbindlichkeiten, die nicht dem BGB., sondern anderen Reichsgesetzen, nämlich der Wechsel- bezw. Konkurs-Ordnung angehören, was jedoch nicht ausschliesst, dass die Bestimmung des § 814, betreffend den Ausschluss der Rückforderung des Geleisteten, auf sie anwendbar ist.

Forderung entsprechende Verpflichtung zu behandeln sein, die, wie Spiel- und Wettschulden, allgemein als Naturalobligation anerkannt wird.

C. Die natürlichen Verbindlichkeiten des BGB. im Einzelnen.

Es ist nun die Aufgabe, auf diese einzelnen natürlichen Verbindlichkeiten des BGB. des näheren einzugehen. Man wird sich dabei nicht darauf zu beschränken haben, festzustellen, welche rechtlichen Wirkungen ihnen nach den Vorschriften des BGB. innewohnen, sondern es wird auch in jedem einzelnen Falle die Frage aufzuwerfen sein, wie es kommt, dass das Gesetzbuch die betreffende Obligation nicht in vollem Masse anerkennt.

Die genannten natürlichen Verbindlichkeiten des BGB. lassen sich in zwei Hauptgruppen teilen: In solche, die das Gesetz missbilligt, und in solche, die es nicht missbilligt, denen es, wie Dernburg[1] sagt, „einen Makel nicht anhaftet".

Zu der ersten Gruppe haben wir zu rechnen:

1. Spiel und Wette, § 762—764 BGB.,
2. Ehemäklerlohn.

Dagegen gehören der zweiten Gruppe an:

1. Verjährte Forderungen,
2. Ausstattung.

---

1) Dernburg. Das Bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2[1], S. 10.

1. Diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten, die das Gesetz missbilligt.

§ 9.

Spiel und Wette behandelt das BGB. unter den einzelnen Schuldverhältnissen in Titel 17.

Eine Definition dieser Verträge gibt das BGB. nicht, überlässt diese vielmehr der Wissenschaft.[1]

Da jeder dieser beiden Verträge früher rechtlich verschieden behandelt wurde, so war eine gegenseitige Abgrenzung der Begriffe erforderlich, was Anlass zu zahlreichen Kontroversen gab.

Allerdings werden vom Bürgerlichen Gesetzbuch beide Rechtsgeschäfte in ihren rechtlichen Wirkungen einander vollkommen gleichgestellt; begrifflich jedoch werden sie auseinander gehalten. Eine praktische Bedeutung hat also diese Unterscheidung nicht mehr, wohl aber noch eine theoretische. Die Streitfragen des früheren Rechts sind durch das BGB. nicht gelöst. Es ist deshalb erforderlich, mit einigen Worten wenigstens, auf diesen Punkt einzugehen. Wenn wir die Naturalobligationen des BGB. zu behandeln haben, so dürfen wir uns nicht darauf beschränken, die blossen Namen der einzelnen Obligationen zu geben. Es wird auch zu erörtern sein, was man unter dem gegebenen Begriff zu verstehen hat. Deshalb ist es unerlässlich, in Kürze auf den Unterschied von Spiel und Wette einzugehen. Es seien jedoch nur einige Ansichten hervorgehoben.

Thöl[2] sah das Unterscheidungsmerkmal darin,

1) Motive, a. a. O. Bd. 2, S. 643.
2) Thöhl, Das Handelsrecht, Bd. 1^2, S. 429.

ob eine auf den Eintritt der Entscheidung hinzielende Tätigkeit vorgenommen wurde oder nicht. In ersterem Falle nahm er Spiel, in letzterem Wette an. Er machte dabei keinen Unterschied, ob nur einer der Kontrahenten oder beide, oder statt ihrer dritte Personen mit ihrem Willen zum Zwecke der Entscheidung tätig sind.

Es lassen sich jedoch sehr wohl Spiele denken, bei denen eine Tätigkeit in dem angegebenen Sinne nicht erforderlich ist, andererseits Wetten, bei denen die Beteiligten in Tätigkeit treten und durch diese ihre Tätigkeit auf den Erfolg einwirken.

So ist z. B. das Differenzgeschäft nichts anderes als Spiel. Dies war die früher herrschende Auffassung, die auch in der Praxis Anerkennung fand. Bestätigt ist sie jetzt durch die ausdrückliche Bestimmung des § 764 BGB. Die Entscheidung richtet sich hier nach der am Stichtage bestehenden Kurshöhe. Auf diese wirken jedoch die Kontrahenten in keiner Weise durch ihre Tätigkeit ein. Sie wird zwar durch eine Tätigkeit dritter Personen beeinflusst; es handelt sich aber dabei um eine Tätigkeit, die vollkommen unabhängig ist vom Willen der Kontrahenten und ausserdem nicht zum Zwecke der Entscheidung vorgenommen ist.

Als ein für diesen Fall passendes Beispiel liesse sich auch dasjenige anführen, das Dernburg aufstellt: [1]

1) Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2^2, S. 141, Anm. 6.

„Zwei Sommergäste sehen am Horizonte zwei Segel auftauchen. Der eine sagt, das rechte Schiff wird zuerst ankommen. Der andere entgegnet, dass das Schiff links früher den Strand erreichen wird. Jeder setzt auf das von ihm bezeichnete Schiff einen Einsatz."

Hier liegt Spiel vor.

Allerdings wird durch Dritte, nämlich jene Schiffer, eine Tätigkeit vorgenommen. Diese erfolgt aber ohne jeden Zusammenhang mit dem Willen der beiden Kontrahenten, vielmehr ganz unabhängig von ihm. Man kann hier nicht sagen, dass letztere dritte Personen faktisch für sich spielen lassen. Die Tätigkeit erfolgt auch nicht zu dem Zwecke, eine Entscheidung über Gewinn oder Verlust der beiden Parteien herbeizuführen. Würden wir also der von Thöl vertretenen Ansicht folgen, so könnten wir hier kein Spiel annehmen. Wir können das vorliegende Rechtsgeschäft aber auch nicht als Wette bezeichnen; denn wesentlich bei dieser ist, wie auch Thöl[1] zugibt, die Gegenüberstellung von Behauptungen. „Behauptung aber ist die Erklärung einer Tatsache auf Grund gewonnener Überzeugung. Eine Meinung als Ausdruck einer Hoffnung oder Wahrscheinlichkeit oder eine Ansicht über die Gestaltung zukünftiger Verhältnisse sind nicht Behauptungen im Sinne der Wette."[2]

---

1) Thöl a. a. O. S. 431.

2) Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2^2, S. 141, Anm. 6.

Hier handelt es sich aber um eine derartige Meinung.

Unrichtig ist es, wenn zur Widerlegung der von Thöl vertretenen Ansicht an dieser Stelle das von Wilda gebildete Beispiel angeführt wird, wie Arnheim[1] es tut:

Eine Gesellschaft errichtet aus gemeinsamen Beiträgen eine Bank; die Roulettescheibe wird nicht von den Beteiligten selbst gedreht, sondern von einer dritten unbeteiligten Person, die zugleich die Einsätze einzieht und die Gewinne auszahlt.

Denn in diesem Falle nimmt auch Thöl ein Spiel an, weil eine dritte Person mit dem Willen der Interessenten zum Zwecke der Entscheidung tätig wird. „Die juristisch Spielenden" lassen hier, wie Thöl sich ausdrückt,[2] einen andern „faktisch" für sich spielen.

Auch das Umgekehrte, dass es nämlich auch Wetten gibt, bei denen die Parteien durch ihre Tätigkeit auf die Entscheidung einwirken, lässt sich am besten an einem Beispiele beweisen, wie es derselben heute im gewöhnlichen Verkehr des täglichen Lebens zahlreiche gibt: Es stellt z. B. jemand die Behauptung auf, er könne in einer bestimmten Zeit eine bestimmte Strecke Weges zurücklegen. Ein anderer bestreitet dies, da er es für unmöglich hält. Sie schliessen darauf einen Vertrag, wonach jeder dem andern eine Leistung verspricht für den Fall, dass seine Behauptung sich nicht bewahrheite.

1) Arnheim, Über Spiel u. Wette, S. 17/18.
2) Thöl, a. a. O. S. 429.

Niemand wird diesen Vertrag als ein Spiel ansehen, sondern als Wette wird ihn jeder betrachten, und trotzdem wird eine Tätigkeit von Seiten eines Beteiligten vorgenommen.

Dies ist schon in deutschen Partikularrechten anerkannt, so im Codex Maximilianeus Bavaricus vom Jahre 1756, IV. 12 § 6 Nr. 7:

„Dafern die Sach nicht zum Ausgang kommen kann, ohne dass vorher einer oder beede wettende Teil etwas thun, so verliehrt derjenige die Wett, welcher das, was er thun soll, gefliessener Weis nicht thut oder hindert, z. E. da man mit einem um die Oberhand im Lauffen oder Schiessen wettet, und derselbe ohne ehehafter Hindernuss nicht lauffen oder schiessen will, so hat er die Wett verloren."

Beseler[1] meint. dass ein rein äusserlicher Unterschied zwischen Spiel und Wette wohl darin zu suchen sei, dass beim Spiele eine Tätigkeit der Beteiligten zur Herbeiführung der Entscheidung mitwirkt, während dies bei der Wette nicht der Fall sei. Er ist jedoch der Ansicht, dass dieser Gegensatz kein notwendiger ist; auch sei er nur rein äusserlich, ohne das Wesen der Verhältnisse irgendwie zu treffen, und daher nicht geeignet, zur Grundlage einer wissenschaftlichen Begriffsbestimmung zu dienen.

Die Ansicht Thöl's ist heute fast allgemein verworfen.[2]

---

1) Beseler, System des Gemeinen Deutschen Privatrechts, S. 368.

2) Enneccerus-Lehmann, a, a. O. Bd. 1^2, S. 756.

Levy[1] vertritt in seiner Dissertation die Ansicht dass das Kriterium zwischen Spiel und Wette darin zu erkennen sei, dass bei der Wette wenigstens der Gegenstand der Leistung von vornherein bestimmt sei, während beim Spiel die Höhe der Leistung vom Spiel abhängig sei.

Diese Auffassung ist unhaltbar.

Einerseits kann der Gegenstand bei der Wette, wie bei jeder anderen Obligation, unbestimmt, wenn auch bestimmbar, sein. In Betreff der Wettsumme wird z. B. bestimmt, der Verlierende habe die „Zeche" zu bezahlen. Es steht aber noch gar nicht fest, woraus diese bestehen wird. Andererseits sind Spiele sehr wohl denkbar, bei denen der Gewinn bezw. Verlust von vornherein bestimmt ist. Als Beispiel hierfür liesse sich der Fall anführen, dass von vornherein eine Vereinbarung getroffen worden ist über die Höhe der Leistung. Das Spiel bleibt trotzdem ein Spiel und wird durch eine derartige Vereinbarung nicht zur Wette.

Die herrschende Ansicht ist die, dass der Zweck, den die Beteiligten verfolgen, massgebend sei.

Spiel liegt vor, wenn der Zweck dahin geht, durch Wagen Gewinn zu erhaschen und die Zeit zu vertreiben, Wette, wenn Gewinn oder Verlust davon abhängen soll, ob sich die von einem aufgestellte, von einem andern bestrittene Behauptung bewahrheite, oder nicht bewahrheite, und zwar

---

1) Levy, a. a. O. S. 42.

muss sich die Behauptung, wie bereits oben erwähnt, gründen auf eine gewonnene Überzeugung.[1]

Allerdings, könnte man mit Levy[2] einwenden, kann auch bei der Wette Gewinnabsicht vorliegen; denn sonst brauchten die Parteien nicht um Geld zu wetten. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass bei der Wette die Gewinnabsicht vollkommen in den Hintergrund tritt. Es kommt den Parteien lediglich an auf das Rechthaben. Wenn sie dabei um Geld wetten, so wollen sie damit nur zu erkennen geben, wie fest sie von ihrer Behauptung überzeugt sind.[3]

Des Weiteren auf die sonst noch bestehenden Ansichten über die Unterscheidung zwischen Spiel und Wette einzugehen, würde zu weit führen. zumal, wie erwähnt, die Scheidung für das BGB. keinerlei praktische Bedeutung mehr hat; denn § 762 Abs. 1 BGB. bestimmt:

„Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann nicht

---

1) Vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O, Bd. 2[2] S. 140; S. 141, Anm. 6. Im Wesentlichen ebenso Windscheid a. a. O. Bd. 2, S. 798 ff., der als Motive des Spielvertrags anführt „Die Absicht, durch die Aussicht auf Gewinn oder Verlust den Ernst und die Energie der Spieltätigkeit zu steigern, Reiz des Wagens, Gewinnsucht." Beim Wettvertrage hält er für allein massgebend „die Erhärtung der Intensivität der eigenen Überzeugung. Vgl. ferner Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 501; Oertmann, a. a. O. S. 486.

2) Levy, a. a. O. S. 42.

3) Der Einsatz dient, wie Endemann, a. a. O. S. 1074 sich ausdrückt, nur „als Ausdruck für den Ernst der Überzeugung".

deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat".

Es handelt sich hier natürlich nur um Spiele, an die sich vermögensrechtliche Folgen knüpfen. An blossen Unterhaltungsspielen, bei denen ein Gewinn nicht in Betracht kommt, hat das Recht keinerlei Interesse.[1]

Nicht hierher gehören, also keine Naturalobligationen, sind ferner die gesetzlich verbotenen Spiele. Diese sind nach § 134 BGB. nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt, begründen daher nicht einmal eine unvollkommene Verbindlichkeit. Die Rückforderung des auf Grund derartiger Verträge Geleisteten richtet sich nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Es gehört dahin vor allem das durch § 284 StGB. mit Strafe belegte gewerbsmässige Glückspiel. Der Verlierer kann hier vom Gewinner, wenn dieser gewerbsmässiger Glücksspieler ist, das Geleistete auf Grund des § 817 BGB. zurückverlangen, es müsste denn sein, dass auch ihn der Vorwurf des gewerbsmässigen Glücksspiels trifft.

Bestritten ist, ob man auch den Fall des § 360 Ziffer 14 StGB. hierher rechnen darf, der sich gegen das unbefugte Glücksspielhalten auf einem öffentlichen Wege, einer Strasse, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsorte richtet. Ausdrücklich verboten wird hier das betreffende Spiel nicht, ebensowenig wie in § 284 StGB. Doch

1) Ähnlich Crome a a. O. Bd. 2, S. 830; Matthiass, a. a. O. S. 637.

während wir letztere Vorschrift dahin zu verstehen haben, dass alle Verträge, die ein derartiges Spiel zum Gegenstande haben, schlechthin verboten sein sollen,[1] handelt es sich im § 360 Ziffer 14 StGB. nur um eine rechtspolizeiliche Vorschrift, die einen Eingriff in die privatrechtlichen Verhältnisse nicht bezweckt, sondern vielmehr erlassen ist im Interesse der Aufrechterhaltung der Ordnung.[2]

Anderer Ansicht ist Endemann, der den Satz aufstellt, dass ein Strafverbot die zivilrechtliche Nichtigkeit nur zur Folge habe, „wenn durch die Strafe die betreffende Handlung als ihrem innern Wesen nach unerlaubt und unsittlich gekennzeichnet werden soll."

Dies dürfte jedoch im vorliegenden Falle nicht zutreffen. Die Vorschrift wendet sich nicht gegen das innere Wesen des Spiels, sondern nur dagegen, dass es in der Öffentlichkeit betrieben wird.

Ein Spiel im Sinne des § 360 Ziffer 14 StGB. wird also den Vorschriften des § 762 BGB. zu unterstellen sein, sich demnach als Naturalobligation charakterisieren und nicht nichtig sein, sofern eine Nichtigkeit sich nicht aus sonstigen Umständen ergiebt, indem z. B. eine Idealkonkurrenz mit § 284 StGB. vorliegt.

Ob im übrigen aus einem Verbot der Schluss zu ziehen ist, dass auch die zivilrechtliche Gültigkeit dadurch betroffen wird, wird man in jedem ein-

1) So auch Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 502.

2) Vgl. Cosack, a. a. O. S. 573; Cretschmar, a. a. O. S. 236; Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 832; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. Bd. 1^2, S. 759; Endemann, a. a. O. S. 1172, Anm. 5; S. 47, Anm. 11.

zelnen Falle durch Auslegung der betreffenden Gesetzesstelle zu bestimmen haben müssen.[1]

Es kommen also für § 762 BGB. nur Spiele in Betracht, die einerseits vermögensrechtliche Wirkungen haben, andererseits nicht verboten sind.

Die Bestimmung des § 762, dass eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, steht scheinbar im Widerspruch mit dem, was oben über das Wesen der Naturalobligation gesagt worden ist, dass diese nämlich, wenn auch keine vollkommene Verbindlichkeit, so doch immerhin eine Verbindlichkeit sei. Dieser Widerspruch ist jedoch nur ein scheinbarer. Er wird beseitigt, wenn wir die Sprechweise des BGB. berücksichtigen. Das BGB. versteht nämlich unter „Verbindlichkeit" nur eine klagbare Verbindlichkeit.[2] Es liegt also gleichwohl hier eine Verbindlichkeit vor, wenn auch nicht eine Verbindlichkeit im Sinne des BGB. Es ist bloss die Klage auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit ausgeschlossen. Ebensowenig wie eine Klage auf Auszahlung des Gewinnes gibt es eine Klage auf Ausführung des Spiels oder einen Interessenanspruch wegen Unterlassung des vereinbarten Spiels.[3]

Dass gleichwohl hier eine Verbindlichkeit vorliegt, dass demgemäss auch Rechtswirkungen eintreten, zeigt uns Satz 2 des § 762: Es besteht kein

1) So auch Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 502.

2) „Nach den Sprachgebrauch des BGB. ist" wie Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2[1], S. 9 äussert, „eine Verbindlichkeit nur vorhanden, wo das Klagerecht besteht."

3) Vgl. Neumann, a. a. O. S. 350.

Recht auf Rückforderung des Geleisteten mit der Begründung, dass eine klagbare Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Es liegt die Frage nahe, warum das Gesetz, obwohl es hier rechtliche Wirkungen eintreten lässt, eine Geltendmachung des Anspruchs im Wege der Klage ausschliesst.

Der alleinige Grund liegt in der grossen wirtschaftlichen und sittlichen Gefahr, die das Spiel mit sich bringt. Treffend meint Dernburg:[1]

„Die Spiellust artet leicht zum sozialen Krebsschaden aus, untergräbt in weiten Kreisen Lust und Liebe zur Arbeit, nimmt ihnen schliesslich die Fähigkeit zu ernster, der menschlichen Gesellschaft nützlicher Tätigkeit."

Das Gesetz, zu dessen Aufgabe es auch gehört, erzieherisch zu wirken, darf diese seine Aufgabe, nicht vernachlässigen. Es würde die Gefahren, die das Spiel mit sich b ngt, nur noch vermehren, wenn es eine Einklagung der Spielschulden zuliesse.[2]

Diese Begründung der Unklagbarkeit von Spiel- und Wettschulden wurde auch in der Kommission für die zweite Lesung zum Vortrag gebracht. Bei Gelegenheit der Beratung dieser Kommission über die Frage, ob eine Vorschrift über die Wirksamkeit eines zum Zwecke des Spielens oder der Wette gegebenen Darlehns aufgenommen werden solle, war von einem der Antragsteller bemerkt worden:[3]

1) Dernburg, Das Bürg. R., a. a. O. Bd. 2^2, S. 139.

2) In diesem Sinne auch Enneccerus-Lehmann, a. a. O. Bd. 1^2, S. 758.

3) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuchs, S. 796, 797.

„Der Satz, dass durch Spiel eine Verbindlichkeit nicht begründet werde, beruhe auf dem Gedanken, dass das Gesetz das Spiel wegen der damit möglicherweise verbundenen wirtschaftlichen und sittlichen Gefahren nicht durch Gewährung gerichtlicher Hülfe zur Erzwingung der von den Spielern gegen einander eingegangenen Verbindlichkeiten fördern dürfe.“ [1] [2]

Wenn das Gesetz bestimmt, dass das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlich-

---

1) Ebenso Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 501; Meissner, Das BGB., Bd. 2, S. 246.

2) Ausser den angegebenen Gründen führt Endemann — a. a. O. S. 1173, Anm. 7 — noch einen weiteren dafür an, dass das Gesetz den Forderungen aus Spiel oder Wette die Klagbarkeit versage, nämlich „die Tatsache, dass der gesellschaftliche Zwang hier weitaus stärker einzugreifen pflegt, als die gesetzliche Ablehnung des Erfüllungszwangs.“ Spielschulden würden vielfach als sogenannte Ehrenschulden pünktlicher erfüllt, als die vollwirksame Verbindlichkeit an den Schneider. Doch mit Levy — a. a. O. S. 43 — müssen wir sagen, dass dies allerdings ein Äquivalent für den Ausfall des gesetzlichen Schutzes ist, nicht aber ein Grund dafür.

Es wurde in der Kommission gelegentlich der oben genannten Beratung — Protokolle, a. a. O. S. 797 — von einem anderen Antragsteller den Ausführungen jenes erstgenannten entgegengetreten. Der betreffende Antragsteller vertrat die Ansicht, die Unklagbarkeit beruhe „auf der Auffassung, dass das Spiel und die aus ihm sich ergebenden Beziehungen der Spieler dem Gebiete der Sitte, nicht dem des Rechts angehören, dass der Spielvertrag nicht ein der rechtlichen Regelung zu unterziehendes Verkehrsgeschäft sei.“

Dies steht jedoch in Widerspruch mit der Auffassung des Spiels als Naturalobligation. Die Verbindlichkeit, die einer bloss sittlichen Pflicht entspricht, ist, wie oben ausgeführt, keine natürliche Verbindlichkeit, sondern nur eine moralische. Das Spiel dagegen wird allgemein als Naturalobligation anerkannt.

keit nicht bestanden hat, so ist damit nicht gesagt, dass die Rückforderung überhaupt ausgeschlossen ist. Eine Rückforderung aus sonstigen Gründen muss man in Übereinstimmung mit den Motiven für zulässig erklären.[1] Es kommen dabei die allgemeinen Gründe in Betracht, die ein Geschäft nichtig oder anfechtbar machen. War z. B. einer der Beteiligten geschäftsunfähig oder sinnlos betrunken, so ist der Spielvertrag schon nach § 105 BGB. nichtig. Es steht hier also dem nichts im Wege, das bereits Geleistete nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung herauszuverlangen. Zu demselben Resultate führen die anfechtbaren Rechtsgeschäfte. Hat sich z. B. jemand mit einem Betrüger eingelassen, oder ist er widerrechtlich durch Drohung zum Spiel bestimmt worden, so hat er nach § 123 BGB. die Möglichkeit, seine Willenserklärung anzufechten. Die Folge der Anfechtung ist alsdann nach BGB. § 142, dass das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Also auch hier keine Obligation, nicht einmal eine Naturalobligation.

Besonders zu erwähnen sind bei dieser Gelegenheit die sogenannten „Wetten à coup sur"; d. h. Wetten, bei denen der eine Teil nicht die blosse Überzeugung von der Richtigkeit seiner Behauptung hat, sondern positive Kenntnis davon erlangt hat und diese seine Kenntnis dem andern Teile verschweigt. Solche Wetten stellen sich nicht

---

1) Motive, a. a. O. Bd. 2, S. 645.

immer als besondere Fälle des Betrugs dar, sind also nicht immer anfechtbar.[1]

Eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Hinsicht enthält das BGB. im Gegensatz zum Allgemeinen Landrecht (Teil I Titel 11 § 580) nicht. Es wird sich also nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen haben, ob eine Unredlichkeit des Wettenden vorliegt oder nicht.[2]

Wenn das BGB. den Satz ausspricht, dass das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, so erkennt es damit die Erfüllbarkeit jener Verträge an, und zwar ist es gleichgültig, ob die Erfüllung in Kenntnis oder in Unkenntnis der Nichtverpflichtung erfolgt. Auch in letzterem Falle ist eine Rückforderung ausgeschlossen. Dass dies dann der Fall ist, wenn die Leistung in Kenntnis der Nichtverpflichtung erfolgt, würde schon aus § 814 BGB. folgen. Deshalb war eine besondere Bestimmung in § 762 erforderlich, die auch den Fall der Leistung bei Nichtkenntnis der Nichtverpflichtung mit umfasst. Auch das, was

---

1) Dernburg — Das Bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2^2, S. 140, Anm. 3 — lässt hier die Rückforderung nur „in der Regel" zu. Auch Windscheid — a. a. O. Bd. 2, S. 805 — betrachtet das Schweigen nicht in jedem Falle als Arglist. Diese nimmt er jedoch an, wenn der Betreffende sich den Schein gibt, die fragliche Sache minder gewiss zu wissen, als es der Fall ist. Ebenso nimmt Cosack — a. a. O. S. 573 — nur die Möglichkeit des Betruges in einem derartigen Fall an.

2) Auch die Motive — a. a. O. Bd. 2, S. 646 — halten Fälle für denkbar, „in welchem nach den besonderen Umständen und dem sich daraus ergebenden Parteiwillen die Verschweigung der fraglichen Wissenschaft oder Gewissheit den Vorwurf der Unredlichkeit nicht zu begründen vermag."

der Erbe in Unkenntnis der Tatsache, dass es sich um eine Spielschuld handelt, zahlt, unterliegt nicht der Rückforderung.[1]

Es fragt sich nun, ob der Ausschluss der Rückforderung auf die eigentliche Erfüllung zu beschränken, oder ob er auch auf diejenigen Rechtsakte auszudehnen ist, die ihr in ihren Wirkungen gleichzustellen sind.

An derartigen Erfüllungssurrogaten kennt das BGB.: Annahme an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung.

§ 362 BGB. besagt:

„Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird."

Dieser Paragraph handelt von der eigentlichen Erfüllung.

§ 364 enthält die Bestimmung:

„Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt."

Das Schuldverhältnis erlischt also hier, wie der Wortlaut des Gesetzes zeigt, in derselben Weise, wie bei der eigentlichen Erfüllung. Es knüpfen sich demnach an diese Art der Befriedigung des Gläubigers dieselben Wirkungen, wie an die ordentliche Erfüllung. Es ist daher anzunehmen, dass bei Spiel und Wette eine Rückforderung des an Erfüllungsstatt Geleisteten ebenso ausgeschlossen ist,

1) So auch Crome, a. a. O. Bd 2, S 833, Anm. 25; Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 504.

wie eine Rückforderung des auf Grund des Spiels oder der Wette als Erfüllung Geleisteten. § 762 BGB. steht dieser Auslegung nicht entgegen.

Das Gleiche gilt von der Hinterlegung für den Fall, dass die Rücknahme ausgeschlossen ist. Denn in diesem Falle wird nach § 378 BGB. der Schuldner von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte. Also auch hier erlischt das Schuldverhältnis ebenso wie durch Erfüllung.

Anders liegt der Fall, wenn die Rücknahme nicht ausgeschlossen ist. In diesem Falle hat der Schuldner noch immer die Möglichkeit, die von ihm hinterlegte Leistung zurückzufordern. Dann ist die Hinterlegung aber auch kein Erfüllungssurrogat in dem angegebenen Sinne. Der Schuldner wird nicht befreit. Es tritt auch nicht resolutiv bedingte Befreiung ein,[1] sondern der Schuldner erlangt nur eine Einrede: Er kann den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen.[2]

Was nun die Aufrechnung anbetrifft, so lässt sich ihre rechtliche Behandlung am besten an der Hand eines Beispiels veranschaulichen:

A schuldet dem B etwas aus einem Spiel, B dem A etwas aus einem Darlehn. Den sonstigen Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit ist genügt; d. h. die Forderungen sind gegenseitig, gleichartig, und fällig

Es ergeben sich nun drei verschiedene Möglichkeiten. Es fragt sich:

1) So Kohler, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 14, S. 214.
2) Ähnlich Oertmann, a. a. O. S. 109.

1. Kann B, wenn A seine Forderung aus dem Darlehn geltend macht, durch die Erklärung, er rechne mit seiner Spielforderung auf, gegen den Willen des A eine wirksame Kompensation herbeiführen?

Dass Gesetz missbilligt, wie erwähnt, die aus Spiel oder Wette entstandenen Schulden wegen der im Spielen liegenden wirtschaftlichen und sittlichen Gefahren. Es versagt dem Gläubiger die Klage und will ihm damit die Möglichkeit nehmen, im Wege des Zwanges seine Forderung zur Durchführung zu bringen. Es würde demnach der ratio legis widersprechen, wenn man eine einseitige Aufrechnung seitens des Gewinners für zulässig erachten wollte. Letzterer hätte damit die Möglichkeit, gegen den Willen des Verlierers, also im Wege des Zwanges, Befriedigung wegen seiner Spielforderung zu erlangen.

Der Zulässigkeit einseitiger Aufrechnung seitens des Gläubigers steht auch der Sprachgebrauch des BGB. entgegen, das in § 387 bei der Aufrechnung „Forderungen" voraussetzt. Wie oben ausgeführt, versteht das Gesetz unter „Verbindlichkeit" nur die klagbare Verbindlichkeit. Umgekehrt muss man annehmen, dass es beim Gebrauch des Ausdrucks „Forderung" nur an klagbare Forderungen denkt.[1]

---

1) Derselben Ansicht Cosack, a. a. O. S. 572; Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 833; 296, der den Gebrauch einer derartigen Forderung zur Kompensation den einer „stumpfen Waffe" nennt; Dernburg, Bürgerl. Recht, a. a. O. Bd. 2^2, S. 142; Endemann, a. a. O. S. 586, Anm. 13: Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 503; Matthiass, a. a. O. S. 433, der eine derartige Aufrechnung als „aktive" Aufrechnung

2. Kann A dem B rechtswirksam erklären, er rechne seine Darlehnsforderung gegen die Spielforderung des B auf?

In diesem Falle läge kein Zwang seitens des Gewinners vor. Denn hier ist es ja der Verlierer selbst, der sich zur Befriedigung seines Gläubigers bereit erklärt. Er verzichtet damit auf sein Recht, seine Forderung in vollem Umfange geltend zu machen. Hier steht der Aufrechnung demzufolge nichts im Wege.

Man könnte hier als Einwand das Argument vorbringen, das in dem obigen Fall gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung geltend gemacht worden ist, dass nämlich das BGB. unter Forderungen nur klagbare Forderungen verstehe. Dieser Einwand wird jedoch hinfällig, wenn man berücksichtigt, dass im BGB. nur die einseitige Aufrechnung durch den Schuldner[1] geregelt ist, nicht die durch den Gläubiger.

Die Zulässigkeit dieser „passiven" Aufrechnung wird u. A. auch angenommen von Crome, der zur Begündung seiner Ansicht anführt, dass diese Art der Leistung der Barzahlung gleich steht.[2]

Die zweite Frage ist also zu bejahen.

3. Kann vertragsmässig zwischen A und B eine Aufrechnung vereinbart werden?

bezeichnet. Vgl. auch Motive, a. a. O. Bd. 2, S. 644 und Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 1, S. 130.

1) So Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 168.

2) Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 833, Anm. 24. Vgl. auch Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2^2, S. 142, Anm. 2; Matthiass, a. a. O. S. 434.

Das BGB. enthält keine Bestimmungen über die vertragsmässige Aufrechnung. Es wird im 2. Buch, Titel 3 des dritten Abschnitts, wie bereits erwähnt, nur von der einseitigen Aufrechnung durch den Schuldner gehandelt.

Es ist kein Grund vorhanden, die Zulässigkeit eines derartigen Aufrechnungsvertrages in Abrede zu stellen.[1]

Über die rechtliche Beschaffenheit eines solchen Vertrages gehen die Meinungen auseinander:

Endemann sieht darin eine Leistung.[2]

Die herrschende Ansicht nimmt einen gegenseitigen Erlassvertrag an.[3]

Doch mag man sich der einen oder anderen

---

1) Schon das Reichsgericht erkannte einen derartigen Vertrag an. Wenn es in Bd. 1, S. 130, 35, S. 288 und 38, S 239 trotzdem die Unwirksamkeit der betreffenden Vereinbarungen ausspricht, so liegt dies am Mangel sonstiger Voraussetzungen; so im ersten Falle am Mangel der durch das Allgemeine Landrecht bei einem Object über 150 Mark erforderten Schriftform; im zweiten Falle fehlte es an der Voraussetzung für die vertragsmässige Aufrechnung. „dass der Spielforderung der Beklagten eine Forderung des Klägers gegenüber gestanden haben muss. deren Quittierung zugleich eine Befriedigung der Beklagten wegen ihrer Forderung in sich schloss;“ im dritten Falle sah das Reichsgericht den Mangel darin dass die Kompensationsvereinbarung getroffen war. bevor sich überhaupt die Forderungen gegenüber standen und nachträglich keinerlei Bestätigung erfolgte. In allen drei Entscheidungen wird jedoch die vertragsmässige Vereinbarung der Kompensation auch für den Fall für zulässig erklärt, dass die eine Forderung eine Spielforderung ist.

Für die Zulässigkeit eines derartigen Aufrechnungsvertrages sprechen sich auch aus: Dernburg, Das bürgerliche Recht, a a. O. Bd. 2^2, S. 142, Anm. 2; Endemann, a. a. O. S. 286, Anm. 11.

2) Endemann, a. a. O. S. 586, Anm. 11.

3) Vgl. z. B. Dernburg, Pandekten, Bd. 2, S. 165; Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 168; Windscheid, a. a. O. Bd. 2, S. 464.

Ansicht anschliessen, für unsern Fall kommt die Verschiedenheit der Auffassung nicht in Betracht.[1] Hat also der Verlierer auf Grund vertragsmässiger Aufrechnung den Gewinner befriedigt, so kann er ebensowenig Rückgängigmachung der Aufrechnung verlangen, wie er dazu berechtigt ist, das im Wege der eigentlichen Erfüllung Gezahlte zurückzuverlangen.

Anlass zu Kontroversen hat der Fall gegeben, dass im Voraus die bare Erlegung der Spiel- oder Wettsumme durch Hingabe an den Gegner erfolgt. Es fragt sich, wie es hier mit dem Rückforderungsrecht steht:

Keine Schwierigkeiten bietet der Fall, dass derjenige, der die Summe hingibt, zum Gewinner wird. Hier liegt offenbar ungerechtfertigte Bereicherung vor, da überhaupt keine Verbindlichkeit für den Betreffenden besteht Einer Rückforderung für diesen Fall steht also nichts im Wege.

Bestritten ist jedoch das Rückforderungsrecht, wenn der die Summe erlegende Teil im Spiel Verluste hat:

Cosack spricht dem Verlierer das Recht der Rückforderung bezüglich einer solchen Sicherheit ab.[2]

---

1) „Das Richtige ist," sagt Windscheid. a. a. O. Bd. 2, S. 460, Anm. 2b „dass der Kompensationsvertrag denselben wirtschaftlichen Zustand hervorruft, welcher stattgefunden haben würde. wenn von der einen oder der anderen Seite gezahlt worden wäre." „Die Aufrechnung ersetzt hier," wie Dernburg. Pandekten, Bd. 2, S. 165 meint, „den Effekt gegenseitiger Zahlung."

2) Cosack, a. a. O. S. 572.

Anderer Ansicht sind u. A. Crome und Dernburg, ebenso das Reichsgericht.[1]

Die Motive meinen in Bezug auf diesen Fall:[2]

„Es ist kein Bedürfnis, ihn besonders vorzusehen, und ihn der konkreten richterlichen Beurteilung, insbesondere nach der Richtung zu entziehen, ob und inwiefern Leistung anzunehmen ist."

Die von Dernburg und Crome vertretene Auffassung dürfte aus folgenden Gründen zutreffend sein:

1. Es handelt sich nicht um eine Leistung im Sinne des § 762, sondern um eine Sicherstellung der Forderung. Auch beruht die Erlegung der Summe vielfach auf verabredeten Spielregeln.[3]

2. Es würde ferner, wollte man die Rückforderung für unzulässig erklären, dadurch das Spielwesen dem Zwecke des Gesetzes zuwider gefördert werden.[4]

Das Gesetz will, wie oben ausgeführt, jede zwangsweise Durchsetzung der Spielforderung verhindern. Dieser Zweck des Gesetzes würde vereitelt werden, wenn der Gewinner aus dem, was ihm zur Sicherung übertragen ist, seine Befriedigung gegen den Willen des Verlierers suchen könnte.[5]

---

1) Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 833; Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2^2, S. 142; Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 30, S. 214; 38, S. 232.

2) Motive, a. a. O. Bd. 2, S. 645.

3) Ähnl. Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 833; 834, Anm. 30.

4) Vgl. Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2^2, S. 142.

5) Vgl. Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen, Bd. 30, S. 24.

3. Die Fassung des Gesetzes widerspricht der Annahme, die Rückforderung hier auszuschliessen. Es ist nach dem Wortlaut des § 762 Abs. 1 Satz 2 nur unzulässig die Rückforderung des „auf Grund des Spiels oder der Wette" Geleisteten. Dies setzt voraus, dass Spiel oder Wette bereits stattgefunden haben, nicht erst stattfinden werden. Sonst würde sich das Gesetz anders ausgedrückt haben; es hätte z. B. die Worte „aus Anlass des Spiels oder der Wette" wählen können.

4. Es wäre nicht einzusehen, wie der die Summe Erlegende dazu käme, seinem Gegner einen derartigen Vorteil einzuräumen, während er selber für den Fall des Gewinns auf den guten Willen seines Gegenkontrahenten angewiesen bliebe.[1] [2]

Die im Voraus erfolgende bare Erlegung der Spiel- oder Wettsumme kann also trotz Eintritt des Verlustes zurückgefordert werden. Sie ist keine Naturalobligation.

Anders liegt freilich der Fall, wenn die Parteien dahin übereingekommen sind, dass in der im voraus erfolgenden Entrichtung der Geldsumme eine suspensiv bedingte Zahlung liegen soll. Hier kann

---

1) RG. 38, 232.

2) Als eine derartige Vorleistung zur Sicherung einer künftigen Spielforderung fasst das Reichsgericht — RG. 38, 232 — auch dasjenige auf, was beim Differenzgeschäft als „Einschuss auf eingegangene und eventuell noch einzugehende Engagements" geleistet ist; d. h. die Leistung, die jemand an einen andern bewirkt im Hinblick auf etwaige spätere Schulden aus bereits abgeschlossenen und etwa noch abzuschliessenden Differenzgeschäften. Es sieht darin nicht eine suspensiv bedingte Zahlung, sondern nur eine „Deckung oder Sicherstellung", „eine provisorische Leistung".

natürlich bei Eintritt der Bedingung, d. h. bei Verlust des Vorausleistenden, eine Rückforderung nicht erfolgen, wenigstens soweit nicht, als der Spielverlust die Höhe des Geleisteten erreicht.

Anlass zu Zweifeln gibt jedoch dieser Fall, wenn das Spiel nicht zur Ausführung gelangt, weil der Leistende seine Mitwirkung versagt, indem er sich darauf beruft, dass er zum Spiele nicht verpflichtet sei.[1]

Oertmann[2] schliesst hier die Rückforderung aus mit der Begründung, dass ihr eine Einrede der Arglist entgegenstehe. Er will unter Umständen auch eine Fiktion des Eintritts der Bedingung eintreten lassen im Hinblick auf § 162 Abs. 1 BGB., wonach die Bedingung als eingetreten gilt, wenn der Eintritt derselben von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird.

Planck[3] hält eine Rückforderung für zulässig und gründet sie auf § 815 BGB., da der mit der Leistung bezweckte Erfolg nicht eingetreten sei. In der Versagung der Mitwirkung beim Spiel sieht er keine Vereitelung des Erfolges wider Treu und Glauben, da nach § 762 überhaupt keine Verpflichtung zum Spiel bestehe.

Das römische Recht kannte als einen besonderen Schuldtilgungsgrund die sogenannte Novation, die darin bestand, dass die alte Schuld durch Begründung einer neuen getilgt wurde. Als Rechtsinstitut hat

1) „Die Entscheidung kann der Rechtswissenschaft überlassen bleiben," sagen die Motive, a. a. O. Bd. 2, S. 645.

2) Oertmann, a. a. O. S. 487.

3) Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 504.

das BGB. die Novation nicht aufgenommen. Es erwähnt dieselbe jedoch in § 364 Abs. 2 und spricht dabei die Vermutung aus, dass, wenn der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit eingeht, im Zweifel nicht anzunehmen sei, dass er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt. Die Worte „im Zweifel" wollen besagen, dass diese Auslegung nur insoweit Platz greift, als sich nicht aus den Umständen ein Anderes ergibt, insbesondere die Parteien eine andere Verabredung getroffen haben. Man könnte sich daher den Fall denken, dass die Parteien, um die Klaglosigkeit der Spiel- und Wettschulden zu umgehen, eine neue Verbindlichkeit begründen mit der Vereinbarung, dass die alte Schuld als getilgt gelten solle. Dies zu verhindern bezweckt § 762 Abs. 2. Dieser lässt die Vorschriften des Abs. 1 auch auf eine Vereinbarung Anwendung finden, durch die der verlierende Teil dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht. Er bezieht dies insbesondere auf ein Schuldanerkenntnis. Es würde also den Parteien nichts nützen, wenn sie vereinbaren, dass die aus dem Spiel- oder Wettvertrage geschuldete Summe als Darlehnsschuld behandelt werden soll, oder wenn der Schuldner ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis leistet. In allen diesen Fällen wird die Klagbarkeit der Forderung durch eine derartige Manipulation nicht begründet. Ebenso ist auch eine Wechselschuld zu behandeln, die der Verlierer dem Gewinner gegenüber eingeht.

Ist freilich auf Grund der neu begründeten Schuld eine Zahlung erfolgt, so kann auch hier das Geleistete nicht zurückgefordert werden; denn die Vorschriften des § 762 Abs. 1 gelten auch für Abs. 2. So kann auch der Schuldner die Summe eines zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld ausgestellten Wechsels, die er zur Einlösung desselben an einen Dritten zahlt, nicht zurückerstattet verlangen, wenn der Wechsel sich in Händen des Dritten befindet. Er kann dies ebensowenig, wie wenn er unmittelbar an den Gläubiger gezahlt hätte.[1]

Aber auch auf Grund accessorischer Rechtsgeschäfte kann der Gewinner nicht gegen den Willen des Verlierers zu seiner Befriedigung gelangen.

Man könnte die Möglichkeit annehmen, dass er sich vom Schuldner für den Fall der Nichterfüllung seiner, des Schuldners, Verbindlichkeit eine Vertragsstrafe versprechen liesse und im gegebenen Falle, statt die Erfüllung der Spielschuld zu verlangen, zu deren Durchsetzung ihm kein Zwangsmittel zu Gebote steht, nach § 340 BGB. die verwirkte Strafe verlangt.

Doch dies hiesse die Bestimmungen des § 762 umgehen. Das Gesetz versagt hier jeden Zwang; es muss auch den indirekten Zwang versagen.

Deshalb ist die Vereinbarung einer derartigen Vertragsstrafe unwirksam. Sie ist es schon aus dem Grunde, weil eine Vertragsstrafe nach § 339 BGB. eine „Verbindlichkeit“ des Schuldners voraus-

1) In diesem Sinne auch RG. 47, 50.

setzt, nach BGB. § 762 Abs. 1 Satz 1 durch Spiel und Wette aber eine Verbindlichkeit nicht begründet wird.[1][2]

Entsprechendes gilt von der Bestellung einer Bürgschaft oder eines Pfandes. Auch hier würde es eine Umgehung des Gesetzes bedeuten, wenn der Gläubiger aus diesen Accessorien seine Befriedigung gegen den Willen des Schuldners suchen könnte. Ausserdem setzt auch hier das Gesetz eine „Verbindlichkeit" (BGB. § 765) bezw. „Forderung" (BGB. § 1204) voraus.[3]

Was vom Faustpfande gesagt ist, gilt auch von der Hypothek; denn auch diese setzt nach § 1113 BGB. eine „Forderung", d. h. im Sinne des BGB. eine klagbare Forderung voraus. Wird eine Hypothek eingetragen, so entsteht nach § 1163 Abs. 1 BGB. eine Eigentümerhypothek.[4]

Auch ein Vertrag, durch den Spiel- oder Wettschulden ihrem Betrage nach vergleichsweise festgestellt werden, ist unwirksam.[5]

1) Planck — a. a. O. Bd. 2, S. 125 — und Oertmann — a. a. O. S. 87 — begründen die Unwirksamkeit der Vertragsstrafe mit § 344 BGB. Doch mit Crome — a. a. O. Bd. 2, S. 212 — müssen wir sagen, dass Spielschulden, wenn auch unerzwingbar, so doch nicht unwirksam sind, § 344 infolgedessen keine Anwendung finden kann.

2) Gegen die Zulässigkeit einer Vertragsstrafe sprechen sich auch Cretschmar, a. a. O. S. 237, Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 833 212, und Weyl, „Vorträge über das BGB.", S. 366, aus.

3) Vgl. Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 833; Endemann, a. a. O. S. 1173, Anm. 9; Enneccerus-Lehmann, a. a. O. Bd. I², S. 75; Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 503, ferner RG. 47, 52.

4) So auch Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 503; ebenso auch Kuhn, „Welche Erscheinungen kennt das BGB. . . . . a. a. O. S. 83.

5) Ebenso Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 503.

Das Gesetz versagt also zur Verwirklichung einer Forderung aus Spiel oder Wette jeglichen Zwang, nicht nur den direkten, sondern auch den indirekten.

Deshalb ist auch das Vorhandensein dieser Obligation als einer bloss natürlichen im Prozesse von Amtswegen zu berücksichtigen. Eine sich auf Spiel oder Wette gründende Klage ist abzuweisen. Dies gilt auch für den Fall, dass der Beklagte nicht erscheint. Hier kann kein Versäumnisurteil erlassen werden.[1]

Bestritten in der Litteratur ist die rechtliche Behandlung von einigen Verträgen, die mit dem Spiel zusammenhängen, nämlich dem Darlehn, dem Auftrage und der Gesellschaft zu Spielzwecken.

Was zunächst das Darlehn anbetrifft, so wird sich eine generelle Entscheidung über diesen Punkt nicht treffen lassen, zumal auch das BGB. eine diesbezügliche Bestimmung nicht enthält.

Im Prinzip kann man jedoch den Satz aufstellen, dass ein zum Zwecke des Spiels oder der Wette gegebenes Darlehn vollgültig ist. Wäre dies nicht der Fall, sondern wollte man allgemein die Rückforderung ausschliessen, so könnten daraus die grössten, in keiner Weise zu billigenden Härten entstehen.[2]

„Es würde", wie in der Kommission für die

---

1) Übereinstimmend Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2^1, S. 10; Endemann, a. a. O, S. 1173, Anm. 8; Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 503.

2) Motive, a. a. O. Bd. 2, S. 646.

zweite Lesung ausgeführt wird,[1] „aufs gröblichste gegen das sittliche Bewusstsein verstossen, wenn der Empfänger eines solchen Darlehns dem Geber, der aus Freundschaft oder Wohlwollen, um die Ehre und damit die soziale Stellung des Empfängers zu retten, das Darlehn gewährt habe, die Rückzahlung verweigern könnte, ohne dass dem Geber ein rechtlicher Zwang zur Verfügung stände.“ [2] [3]

Es lassen sich jedoch Fälle denken, in denen eine Abweichung von dem genannten Grundsatz eintritt:

Es kann nämlich, wenn derjenige, der das Geld hingegeben, der Gewinner ist, tatsächlich durch das Darlehn eine kreditierte Spielschuld verdeckt sein. Diese ist natürlich als Naturalobligation zu behandeln, also erfüllbar, nicht jedoch erzwingbar.[4]

Der obige Grundsatz gilt ferner nicht, wenn in der Hingabe der Darlehnssumme ein Verstoss gegen § 138 BGB. liegt. In diesem Falle ist das Rechtsgeschäft nichtig. Ein derartiger Verstoss gegen die guten Sitten wird insbesondere anzunehmen sein, wenn das Darlehn zur Ermöglichung oder Beförderung eines ausdrücklich verbotenen Spiels hingegeben wird. Aber auch wenn es sich um ein erlaubtes Spiel handelt, kann nach den Umständen

1) Protokolle, a. a. O. S. 797.

2) „Das Darlehn ist nicht das Spiel selbst,“ meint Crome, a. a. O. Bd 2, S. 834, richtig.

3) Den oben aufgestellten Grundsatz nehmen auch an Cosack, a. a. O. S. 572; Endemann, a. a. O. S. 1173, Anm. 10; Oertmann, a. a. O. S. 488.

4) Ebenso Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 834.

des Einzelfalls ein Verstoss gegen § 138 BGB. statthaben.[1]

Streitig ist ferner die rechtliche Natur eines Auftrags zum Spiel. Zwei Ansichten stehen sich gegenüber:

Cosack[2] will den Auftrag zum Spiel ebenso wie das Spiel selbst behandelt wissen. Er ist also nach seiner Ansicht Naturalobligation und lässt keinerlei klagbare Verpflichtung entstehen.

Oertmann[3] dagegen bezeichnet ihn grundsätzlich als vollwirksam.

Eine Mittelmeinung nehmen Crome[4], Dernburg[5] und Neumann[6] an. Sie unterscheiden,

1) Dernburg — Das Bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. 2^2, S. 143 — nimmt dies schon an, wenn das Darlehn zur Ermöglichung des Spiels gegeben ist.

Das Gesetz missbilligt das Spiel wegen der darin liegende grossen wirtschaftlichen und sittlichen Gefahr. Es muss also mit Notwendigkeit auch alle Handlungen missbilligen, die geeignet sind, diese Gefahr zu erhöhen, indem sie eine Förderung des Spiels enthalten. In der Hingabe eines Darlehns zur Ermöglichung des Spiels liegt sicherlich eine Förderung desselben.

Im übrigen wird sich nach den Umständen zu bestimmen haben, wann die Hingabe eines Darlehns als Förderung des Spiels aufzufassen ist und damit als Verstoss gegen die guten Sitten. Ähnlich Endemann, a. a. O., S. 1173, Anm. 10.

Jedenfalls kann, wenn das Spiel bereits stattgefunden hat, und alsdann ein Darlehn zur Bezahlung der Spielschulden von einem Dritten aufgenommen wird, von einer Beförderung des Spiels nicht mehr die Rede sein. Ein derartiges Darlehn wäre also voll klagbar. Dies ist auch die herrschende Ansicht. Vgl. z. B. Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 834; Dernburg, das Bürgerliche Recht a. a. O. Bd. 2, S. 143; Endemann, a. a. O. S. 1173. Anm. 10; Oertmann, a. a. O. S. 488.

2) Cosack, a. a. O. S. 572.

3) Oertmann, a. a. O. S. 488.

4) Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 834.

5) Dernburg, Das bürgerliche Recht, a. a. O. Bd. $2,^2$, S. 142.

6) Neumann, a. a. O. S. 350.

ob der Auftrag bereits ausgeführt ist oder ob dies noch nicht der Fall ist. In letzterem Falle versagen sie dem Auftraggeber in Übereinstimmung mit der Praxis des Reichsgerichts,[1] die Klage auf Ausführung des Auftrags, in ersterem lassen sie die Klage auf Herausgabe dessen zu, was der Beauftragte in Ausführung des Auftrags erhalten hat, gleichfalls[2] in Anlehnung an die Auffassung des Reichsgerichts. Dernburg spricht dem Beauftragten jedoch die Klage wegen seiner Auslagen für das Spiel ab, wenn kein Gewinn gemacht ist.

Darin ist man sich einig, dass ein Auftrag zu einem direkt verbotenen Spiele gegen die guten Sitten verstösst und deshalb nichtig ist.[3]

Der Gültigkeit einer Gesellschaft zu Spielzwecken schliesslich wird an sich nichts im Wege stehen. Eine Klage auf Verteilung des Spielgewinns wird zuzulassen sein[4]

Anders liegt auch hier der Fall, wenn es sich um verbotenes Spiel handelt. Ein auf verbotenes Spiel gerichteter Gesellschaftsvertrag ist nach § 138 BGB. nichtig. Hier gibt es also keine Klage auf Verteilung des Gewinns.[5]

1) RG. 40, 259.

2) RG. 40, 258.

3) Vgl. Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 834; Dernburg, Das bürgerl. Recht, a. a. O. Bd. 2,2. S. 142; Oertmann, a. a. O. S. 488.

4) RG. 43, 152.

5) So auch schon RG. 18, 243; auf demselben Standpunkte: Crome, a. a. O. Bd. 2, S. 834; Dernburg, Das bürgerl. Recht, a. a. O. Bd. 2,2, S. 142; Oertmann, a. a. O. S. 488.

Als weitere Naturalobligationen des BGB. stellen sich dar zwei Verträge, die sich nach herrschender Ansicht als besondere Arten des Spiels charakterisieren, nämlich der Lotterie- und Ausspielvertrag, beide jedoch nur für den Fall, dass eine staatliche Genehmigung der Lotterie oder der Ausspielung nicht erfolgt ist. Ist diese erfolgt, so sind die Verträge nach BGB. § 763 Satz 1 verbindlich und zwar verbindlich im Sinne des BGB., also auch klagbar.

Von keinem der beiden Verträge gibt das BGB. eine Definition. Es ist jedoch an dieser Stelle der Begriff derselben klarzustellen, um zu erkennen, welche Fälle § 763 umfasst. Es handelt sich dabei um folgenden Vorgang:

Die einzelnen Spieler schliessen mit einem Unternehmer gleichartige Verträge ab, denenzufolge sie bestimmte Einsätze zu leisten haben und damit eine Chance auf den ausgesetzen Gewinn erhalten, der nach Massgabe eines bestimmten Lotterieplanes zu verteilen ist. Bei der Entscheidung hat stets der Zufall den Ausschlag zu geben. Besteht der ausgesetzte Gewinn in Geld, so spricht man von einem Lotterievertrag, besteht er in anderen Gegenständen, so liegt ein Ausspielvertrag vor.[1]

Wenn man Lotterie- und Ausspielvertrag, die in ihren Wirkungen im BGB. einander vollkommen

1) Ähnlich Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O., Bd. 2[2] S. 145/146.

gleichgestellt sind, auf ihre rechtliche Bedeutung hin prüfen will, hat man folgende drei Möglichkeiten ins Auge zu fassen:

1. Sie sind verboten,
2. Sie sind staatlich nicht genehmigt,
3. Sie sind staatlich genehmigt.

Keine Obligation, nicht einmal eine Naturobligation wird begründet, wenn Lotterie und Ausspielung ausdrücklich verboten sind. Sie sind nach § 134 BGB. nichtig und analog verbotenen Spielen zu behandeln. So verbietet z. B. StGB. § 256 das Veranstalten öffentlicher Lotterieen sowie öffentlicher Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen ohne obrigkeitliche Erlaubnis.

Anders steht es mit dem zweiten Falle. Auf diesen finden gemäss § 763 Satz 2 BGB. die Vorschriften des § 762 Anwendung. Es werden also derartige Verträge ebenso behandelt, wie sonstige Spiele, sind demgemäss Naturalobligationen Der Unternehmer hat keine Klage auf Zahlung der Einsätze; die Spieler können nicht auf Ausführung der Lotterie klagen, ebensowenig auf Auszahlung des Gewinns. Ist jedoch bereits Zahlung erfolgt, so ist eine Rückforderung des Geleisten ausgeschlossen. Im übrigen gilt das bei der Behandlung von Spiel und Wette Ausgeführte entsprechend auch für derartige Lotterie- und Ausspielverträge.

Was den dritten Fall anbetrifft, so haben wir es hier, wie schon erwähnt, gemäss BGB. § 763 Satz 1 mit einer vollwirksamen Verbindlichkeit zu tun. Der Anspruch auf Zahlung des Einsatzes kann

also hier vom Unternehmer, der auf Ausführung der Verlosung und den Gewinn von den Spielern im Wege der Klage geltend gemacht und durchgeführt werden.

Streitig ist dabei, ob die von einem Bundesstaat erteilte Genehmigung nur für den betreffenden Bundesstaat Geltung hat, oder ob sie für das ganze Reich gilt. Die Entscheidung dieser Frage ist von wichtiger, praktischer Bedeutung. Denn in letzterem Falle besteht eine volle Verbindlichkeit im ganzen Reich; ist dagegen z. B. die Gültigkeit einer in Bayern erteilten Genehmigung auf das bayrische Staatsgebiet beschränkt, so wird zwar für dieses aus dem betreffenden Lotterievertrage eine in vollem Umfange gültige Verpflichtung erzeugt, für nicht bayrische Staaten entsteht jedoch nur eine Naturalobligation im Sinne des § 763 Satz 2 BGB., wenn der betreffende ausserbayrische Staat ein derartiges Unternehmen nicht genehmigt hat, überhaupt keine Obligation, wenn er durch Gesetz ausdrücklich solche Lotterieverträge untersagt, wie es z. B. in Preussen geschehen ist, vorausgesetzt, dass Verbote dieser Art in Anbetracht der im § 286 StGB. erfolgten Regelung überhaupt noch Gültigkeit haben, was z. B. von Liszt entgegen der Praxis des Reichsgerichts bestreitet.[1]

Cosack[2] ist der Ansicht, dass die von einem Einzelstaat für eine Lotterie erteilte Genehmigung auf das Gebiet des betreffenden Staats zu beschränken sei.

---

1) v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 471, Anm. 1
2) Cosack, a. a. O., S. 574.

Die herrschende Ansicht indessen misst der von einem Bundesstaat erteilten Genehmigung Geltung für den Umfang des ganzen Reichs bei.[1] [2]

Als Spiel anzusehen und infolgedessen natürliche Verbindlichkeit ist ferner das sogenannte Differenzgeschäft. Was darunter zu verstehen ist, besagt das BGB. in § 764. Es ist danach ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag, der in der Absicht geschlossen ist, dass der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll. Man hat zu unterscheiden zwischen dem reinen Differenzgeschäft und dem verdeckten, je nachdem ob der Ausschluss effektiver Lieferung auf ausdrücklicher, vertragsmässiger Vereinbarung beruht, oder ob eine derartige Abrede nicht getroffen ist, jedoch stillschweigend die Absicht besteht, keine Effektivlieferung eintreten zu lassen. Das BGB.

1) Vgl. u. A. Crome, a. a. O., Bd. 2, S. 836; Endemann, a. a. O., S. 1183; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., Bd. 1^2, S. 760; Kuhlenbeck, Das BGB, a. a. O., S. 519; Planck, a. a. O., Bd. 2, S. 505/506; Oertmann, a. a. O., S. 488; ferner auch RG. 48, 178.

2) Die Erörterung der Frage, ob dabei entgegenstehende Gesetze eines Bundesstaats als aufgehoben anzusehen sind, oder wenigstens jeder zivilrechtlichen Bedeutung entbehren, liegt ausserhalb des Rahmens des Themas; denn es würde sich bei dieser Erörterung nur darum handeln, ob ein diesen Gesetzen zuwiderlaufender Lotterie- oder Ausspielvertrag vollgültig oder nichtig ist, immer angenommen, dass die Genehmigung seitens eines anderen Bundesstaats erfolgt ist, und zwar mit Gültigkeit für das ganze

macht diesen Unterschied nicht. Es hebt jedoch hervor, dass die Absicht der Differenzzahlung nicht notwendig auf beiden Seiten vorhanden sein muss, sondern dass es genügt, wenn nur die Absicht des einen Teils auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist, wenn der andere Teil diese Absicht kennt oder kennen muss. Letzteres muss sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben. Es wird z. B. insbesondere anzunehmen sein, wenn zwischen den betreffenden Kontrahenten des öfteren gleichartige Differenzgeschäfte abgeschlossen sind, oder wenn die Grösse des Geschäfts in gar keinem Verhältnisse steht zu den Vermögensverhältnissen der vertragschliessenden Parteien.[1]

Das BGB. sieht das Differenzgeschäft als Spiel an. Es gelten demgemäss die bei der Behandlung des Spiels entwickelten Sätze.

Das Geltungsgebiet des § 764 BGB. ist jedoch beschränkt. Es umfasst nicht sämtliche Differenzgeschäfte. Die Bestimmungen des § 69 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 werden nach EG. HGB., Artikel 14 V durch die Vorschriften des § 764 des BGB. nicht berührt, eine Bestimmung, die das Börsengesetz als § 69 Abs 2 aufgenommen hat.

Reichsgebiet, denn sonst könnte auch eventuell eine Naturalobligation in Frage kommen mit Rücksicht darauf, dass der Erlass derartiger Verbote auf fiskalische Interessen zurückzuführen ist.

1) Als weitere bei dieser Auslegung zu berücksichtigende Punkte nennt Enneccerus-Lehmann, a. a. O., Bd. 1^2, S. 761:

Persönlichkeit, Beruf und Leistungsfähigkeit der Vertragschliessenden, die vorhandenen Warenbestände sowie das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines vernünftigen Zwecks der wirklichen Lieferung.

Für die hier behandelten sogenannten offiziellen Börsentermingeschäfte, die den Voraussetzungen des § 48 BG. entsprechen müssen, gilt also das Börsengesetz. Auf die rechtliche Behandlung dieser Geschäfte einzugehen, ist nicht unsere Aufgabe, da wir es hier nur mit den Naturalobligationen des BGB., nicht mit Bestimmungen des Börsengesetzes zu tun haben. Fehlt es den Börsentermingeschäften, bei denen die Erfüllung durch Lieferung der Waren oder Wertpapiere vertragsmässig ausgeschlossen ist, allerdings an einem der in § 48 BG. aufgeführten Erfordernisse, so fallen sie nicht unter § 69 BG., sondern unterliegen den Bestimmungen des § 764 BGB. Sind z. B. die beteiligten Personen zwar für den betreffenden Geschäftszweig ins Börsenregister eingetragen, oder ist eine Eintragung ins Börsenregister zur Wirksamkeit des Geschäfts nicht erforderlich, was nach BG. § 68 Abs. 2 für Personen gilt, welche im Inlande weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben, sind jedoch die in Frage stehenden Börsentermingeschäfte nicht nach den Geschäftsbedingungen geschlossen, die vom Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, oder ist das Geschäft kein Fixgeschäft, oder erfolgt keine amtliche Feststellung von Terminpreisen für die betreffenden Geschäfte, so handelt es sich nicht um Börsentermingeschäfte im Sinne des § 69 BG. Dieser kann demnach nicht zur Anwendung kommen. Es gilt alsdann BGB. § 764, der solche Geschäfte nur als Spiel ansieht, mithin für derartige Fälle nur eine Naturalobligation zulässt.

Ob das BGB. auch Platz greift, wenn die Parteien nicht eingetragen sind, und ausserdem das Geschäft an einem der erwähnten Mängel leidet, hängt davon ab, welche Auslegung man dem Worte „Börsentermingeschäft" im § 66 BG. zu teil werden lässt. Versteht man darunter dasselbe wie im § 59, so dürfte auch hier BGB. zur Anwendung kommen. Begreift man dagegen darunter auch solche Börsentermingeschäfte, die den Erfordernissen des § 48 BG. nicht entsprechen, so ist § 66 BG. zur Anwendung zu bringen.

Diese Frage ist Gegenstand lebhaften Streites.

Das Reichsgericht[1] entscheidet sich für den weiteren Begriff der Börsentermingeschäfte in § 66 BG. Folgen wir dieser reichsgerichtlichen Auffassung, so kommen wir zu dem Resultat, dass § 764 BGB. nur auf zwischen eingetragenen Personen abgeschlossene börsenmässige Geschäfte Anwendung findet und zwar nur auf diejenigen derselben, die den Erfordernissen des § 48 BG. nicht gerecht werden.

„Dadurch", meint Staub,[2] „und durch den Umstand, dass die Eintragung des Börsenpublikums gänzlich unterbleibt, die Eintragung in das Börsenregister überhaupt fast ganz unpraktisch geblieben ist, sinkt § 764 durch jene reichsgerichtliche Judikatur zur praktischen Bedeutungslosigkeit herab."

Staub[3] nimmt daher mit Recht an, dass die Definition, die das Börsengesetz im § 48 für Börsen-

1) RG. 42, 47.
2) Staub, Kommentar z. HGB., Bd. 2, S. 1340.
3) Ebenda S. 1326.

termingeschäfte gibt, auch für § 66 Geltung hat. Er begründet diese seine Auffassung einmal mit der Stellung, die § 48 im Gesetz einnehme, sodann damit, dass die Motive (S. 60) die ausdrückliche Erklärung enthielten, dass die gesetzliche Feststellung des Begriffs der Börsentermingeschäfte die Grundlage für die nachfolgenden Bestimmungen sein solle". Er bezeichnet das Börsengesetz als „ein nicht apodiktisches Zweckgesetz". Darunter versteht er (S. 1327) ein Gesetz, das zwar die Absicht hat, ein bestimmtes wirtschaftliches Ziel zu erreichen, aber in dieser Absicht nur gewisse von ihm bezeichnete Rechtshandlungen verbieten will, ohne die Absicht, damit alle Rechtshandlungen zu treffen, welche jenem Ziele zuwiderlaufen.

Folgt man also der Ansicht S t a u b's so muss man die Anwendbarkeit des BGB. auf alle Fälle börsenmässiger Geschäfte erstrecken, die der Definition des § 48 BG. nicht entsprechen, gleichgültig ob die Kontrahenten ins Börsenregister eingetragen sind oder nicht.

Auch B r u n n e r[1] ist der Ansicht, dass alle Börsentermingeschäfte die nicht „offizielle" Börsentermingeschäfte im Sinne des § 48 BG. sind — er nennt sie im Gegensatz zu letzterem „die Geschäfte des freien Terminhandels" — unter die Vorschriften des BGB. § 764 zu subsumieren seien.

§ 10.

Von natürlichen Verbindlichkeiten des BGB. ist weiter zu nennen das Versprechen des Ehemäklerlohns, von dem das BGB. in § 656 spricht:

1) Brunner im Kolleg über „Handels- und Schiffahrtsrecht."

„Durch das Versprechen eines Lohns für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittlung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Versprechens geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat."

„Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der andere Teil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis".

Dass das BGB. eine derartige Bestimmung aufgenommen hat, ist namentlich auf den Einfluss Kohlers zurückzuführen, der in seiner Abhandlung „Die Ideale im Recht" mit grosser Energie gegen die Klagbarkeit der Ehemäklergebühr polemisierte, indem er seine Ausführungen besonders auf die französische Rechtsübung auf diesem Gebiete stützte.[1] Kohler dürfte recht haben, wenn er selber äussert:[2]

„Ich darf wohl annehmen, dass dieser Artikel des Reichsrechts zu den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehört, die mit auf meine Anregung zurückzuführen sind".

Dass in der Bestimmung des § 656 BGB. eine Naturalobligation enthalten sei, ist nicht unbestritten. Kohler[3] und Meisner[4] stehen auf dem Stand-

1) Vgl. Schindler, Die gewerbsmässige Heiratsvermittlung, S. 39.

2) Kohler, im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 12, S. 318.

3) Kohler, im Arch.v, a. a. O., S. 318.

4) Meisner, a. a. O., S. 203.

punkt, dass es sich hier um einen unsittlichen und deshalb nichtigen Vertrag handle. Kohler sieht die Unsittlichkeit einmal[1] darin, dass der Ehemaklervertrag dem Wesen und der Würde der Ehe widerspreche, zum andern[2] darin, dass die Gefahr der Suggestion vorliege.[3] Kohler sowohl als Meisner begründen ihre Ansicht mit den Ausführungen, die in der Reichstagskommission gemacht wurden. Dort findet sich folgende Angabe zur Begründung der Aufnahme des in Frage stehenden Paragraphen:[4]

„Die grosse Mehrheit der Bevölkerung betrachte unzweifelhaft das Nehmen und Geben eines Lohns für Heiratsvermittlung als unsittlich, mindestens unanständig und werde es für eine schwere Beleidigung halten, wenn ihr ein derartiges Verhalten nachgesagt werde".

„Sei diese allein mit dem sittlichen Charakter der Ehe vereinbare Auffassung noch nicht in allen Kreisen durchgedrungen, so sei dies nur ein Grund mehr, ihr durch die erziehliche Wirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Durchbruch zu helfen."

Wenn nun trotz der Nichtigkeit die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen sei, so be-

1) Kohler, im Archiv, a. a. O. S. 319.

2) Ebenda S. 323.

3) Auch Anger — im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess, Bd. 7, S. 676 — nimmt in seiner Abhandlung „Die Ansprüche aus ungererechtfertigter Bereichrung" hier einen unsittlichen Vertrag an.

4) Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines BGB., S. 89.

trachten sie[1] dies als einen Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes: „In pari turpitudine melior est causa possidentis“ und verweisen dabei auf § 817 BGB. der diesen Satz anerkannt.

Doch mit Recht betont Cosack,[2] dass bei der Auslegung des Gesetzes der Wert seiner Entstehungsgeschichte nicht überschätzt werden dürfe. „Nicht als ob die Motive und die Reichstagsreden wertlos wären! aber ihr Wert ist nur der gleiche, wie die Meinungsäusserung irgend einer bei dem Zustandekommen des Gesetzes gänzlich unbeteiligten Privatperson“.

Gegen die von Kohler und Meisner vertretene Auffassung spricht vor allem die Fassung des Gesetzes. Dieses stimmt in den massgebenden Punkten wörtlich überein mit § 762 BGB. der, wie dargetan, aus dem Spiel eine natürliche Verbindlichkeit entstehen lässt, was niemand bestreitet.[3]

Weiter ist zu sagen, dass nicht unter allen Umständen die Heiratsvermittlung als unsittlich zu betrachten ist,[4] sowie, dass, wenn man der Ansicht Kohlers und Meisners folgt, die Bestimmung des § 656 Abs. 1 Satz 2 überflüssig wäre, weil der Ausschluss der Rückforderung dann schon aus § 817 BGB. folgt.

Dass man die Ehevermittlung nicht ohne weiteres

1) Kohler im Archiv, a. a. O., S. 334; Meisner, a. a O., S. 204.

2) Cosack, a. a. O., S. 42.

3) Vgl. auch Schindler‘ a. a. O., S. 64; Oertmann, a. a. O. S. 384.

4) Oertmann a. a. O., S. 384.

als unsittlich bezeichnen darf, beweist auch der Umstand, dass § 35 Abs. 3 der Reichs-Gewerbe-Ordnung in der Fassung vom 1. Juli 1883 grundsätzlich den Gewerbebetrieb der Heiratsvermittlung gestattet [1]

Schindler[2] führt als ein Argument für die hier vertretene Auffassung auch die Stellung an, die die Bestimmung des § 656 im BGB. einnimmt. Er meint, der Gesetzgeber liesse gewöhnlich auf die generelle Reprobation unmittelbar die spezielle folgen, wie z. B. im § 138 Abs. 1 und Abs. 2. Wo dies nicht der Fall sei, und trotzdem ein Vertrag wegen Verstosses gegen die guten Sitten für ungültig erklärt werden solle, müsse dies ausdrücklich gesagt sein. Dies sei hier nicht der Fall. Es fehle jeder äussere Zusammenhang mit dem Prinzip der Nichtigkeit gegen die guten Sitten verstossender Rechtsgeschäfte.

Dieses Argument dürfte jedoch nicht ganz zutreffend sein. Es sind Fälle denkbar, in denen das Gesetz ein Rechtsgeschäft wegen eines Verstosses gegen die guten Sitten für nichtig erklärt, ohne dass es hier ausdrücklich von einem derartigen Verstoss spricht oder diese Fälle an eine allgemeine Reprobation anreiht. Als Beispiel mag § 723 Abs. 3 BGB. dienen, worin die Vereinbarung für nichtig erklärt wird, die das Kündigungsrecht der Gesellschafter ausschliesst. Dass eine derartige Vereinbarung gegen die guten Sitten verstosse, wird hier

1) Übereinstimmend Motive, a. a. O., Bd. 2. S. 511.
2) Schindler a. a. O., S. 63.

nicht gesagt. Und dennoch wird die Nichtigkeit lediglich aus diesem Grunde ausgesprochen.[1] Auch von einer vorangehenden generellen Reprobation findet sich hier nichts.

Es fragt sich nun, weshalb das BGB. der aus dem Versprechen des Ehemäklerlohns entstehenden Forderung die Klage versagt.

In den Motiven findet sich keine Begründung der Bestimmung des § 656, da der erste Entwurf eine besondere Vorschrift über Heiratsvermittlung nicht enthielt. Erst durch Beschluss der Reichstagskommission wurde der jetzige § 656 aufgenommen. Man beabsichtigte damit ein doppeltes: Einmal Kennzeichnung der entgeltlichen Heiratsvermittlung als unsittlich, sodann Abschneidung der Prozesse wegen Heiratsvermittlung in Anbetracht der damit verbundenen Ärgernisse.[2]

Der erste Punkt fällt fort, nachdem wir uns dafür entschieden haben, dass eine Kennzeichnung der Ehevermittlung als eines unsittlichen Geschäfts im Gesetze nicht erfolgt ist und auch nicht hat erfolgen sollen.[3]

Die Bestimmung ist also lediglich durch die zweite Erwägung veranlasst worden:[4]

---

1) So auch Endemann, a. a. O., S. 604.

2) So Planck, a. a. O., Bd. 2, S. 400.

3) Kuhn, a. a. O., S. 93. 94 meint:

„Die ratio legis ist für das heutige Recht die, durch Ausschluss der Klage das gewerbsmässige Heiratsvermitteln als unsittlich zu kennzeichnen." Damit im Widerspruch steht, was er an anderer Stelle — S. 95 — äussert: „Schlechthin darf man auch nicht den Ehemäklervertrag als unsittlich bezeichnen."

4) Crome, a. a. O., Bd. 2. S. 713, Anm. 44, 45.

Es ist nicht nötig, hier auf die rechtlichen Wirkungen dieser Obligation näher einzugehen, da dieselben, wie erwähnt, dem Wortlaut des § 656 gemäss mit den bereits behandelten des § 762 übereinstimmen. Insbesondere ist hervorzuheben, dass auch hier die Rückforderung nur aus dem Grunde ausgeschlossen ist, weil eine Verbindlichkeit nicht bestand, dass ferner auch hier der Leistung die datio in solutum, Hinterlegung unter Ausschluss der Rücknahme, und vertragsmässige Aufrechnung gleich zu erachten sind. In analoger Weise ist auch eine Umgehung der Vorschriften des Abs. 1 durch die Bestimmung des Abs. 2 vereitelt. Stammler[1] bezeichnet allerdings das Anerkenntnis der aus der Heiratsvermittlung beabsichtigten Schuld als gültig. Doch es ist anzunehmen, dass hier nur ein Versehen vorliegt.[2] Ebenso bildet die Forderung des Ehemäklers keine genügende Grundlage für eine Vertragsstrafe, ein Pfandrecht, eine Bürgschaft. Auch einseitige Aufrechnung seitens des Ehemäklers ist unzulässig.

Einige Besonderheiten, die sich aus der Eigenart der in § 656 behandelten Obligationen ergeben, mögen hier noch einer kurzen Erörterung unterzogen werden.

Es handelt sich vornehmlich um zwei Punkte, nämlich einmal um die Frage, ob der Mäkler seine Auslagen ersetzt verlangen kann, sodann um die rechtliche Behandlung der Insertionsgebühren.

---

1) Stammler, a. a. O., S. 29.
2) Ebenso Oertmann, a. a. O., S. 384.

Was zunächst die Frage des Ersatzes der Auslagen anbetrifft, so muss man mit der herrschenden Ansicht annehmen, dass die Bestimmungen des § 656 in Ermangelung einer besonderen Vorschrift auch für die Auslagen gelten, dass also dem Ehemäkler ein Ersatzanspruch nicht zusteht, das Geleistete jedoch nicht zurückgefordert werden kann. Diese Ansicht wird besonders gerechtfertigt durch den oben genannten Zweck, den das Gesetz mit der Aufstellung des § 656 verfolgte, nämlich die anstössigen Ehemakellohnprozesse zu verhindern. Wäre die Einklagung der Auslagen gestattet, so würde das Gesetz seinen Zweck nicht erreichen [1] [2]

Ob die Insertionskosten für Heiratsannoncen eine klagbare Verbindlichkeit darstellen, ist bestritten.

Kohler[3] spricht den Satz aus:

„Jede Weise des Ehemakelns steht unter dem Banne des Gesetzes."

Er bezeichnet demzufolge die Forderung wegen Insertionsgebühren als klaglos.

---

1) Vgl. Cosack, a. a. O., S. 552; Crome, a. a. O., Bd. 2, S. 173. Anm. 45; Dernburg, Das bürgerliche Recht, a. a. O., Bd 2^2, S. 489; Kohler im Archiv, a. a. O., S. 332; Oertmann, a. a. O., S. 384.

2) Cretschmar — a. a. O., S. 203 — unterscheidet, ob der Ehemäkler auftragsgemäss Auslagen gemacht hat, oder ob ein diesbezüglicher Auftrag nicht erfolgt ist. Es ist selbstverständlich, dass nur der erstere Fall in Betracht kommt; denn auch in anderen Fällen, wo es sich nicht um Ehevermittlung handelt, kann nach § 652 Abs. 2 der Mäkler Aufwendungen nur ersetzt verlangen, wenn es vereinbart ist. Cretschmar gewährt für diesen Fall dem Ehemäkler einen Ersatzanspruch entgegen der herrschenden Ansicht. Seine Auffassung teilt auch Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des BGB., S. 901.

3) Kohler im Archiv, a. a. O., S. 332.

„Es wäre ebenso", so führt er aus, „wie wenn ein Bauer Jemanden beauftragt hätte, in eine Dorfschaft zu kommen und dort auszuschellen, dass seine heiratsfähige Tochter einen Mann sucht; ist diese Art der Bekanntgebung des rechtlichen Äquivalentes nicht fähig, so kann es auch nicht äquivalentsfähig sein, wenn die Vermittlungstätigkeit in einer, den Bräuchen höherer Klassen entsprechenden Weise erfolgt; denn die Sache gewinnt kein anderes Ansehen, ob sie in einer mehr bäurischen oder mehr städtischen Form erfolgt."

Doch Kohler geht zu weit[1] Es kann freilich in dem Vertrage über die Einrückung eines Inserats, das die Heiratsvermittlung zum Gegenstande hat, ein Verstoss gegen die guten Sitten liegen. Dann ist der Vertrag jedoch nach § 138 BGB. nichtig. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Vertrag auf Unzucht, nicht auf Ehe abzielt. Allerdings ist auch in dem von Kohler vergleichsweise herangezogenen Beispiele eine Klage nicht gegeben, aber nicht auf Grund des § 656, sondern des § 138. Ebenso wird bei einem Insertionsvertrage zu untersuchen sein ob er einen Verstoss gegen die guten Sitten enthält oder nicht, und von dem Resultat dieser Untersuchung abhängig zu machen sein, ob Nichtigkeit und demzufolge Klaglosigkeit oder Gültigkeit des Vertrages vorliegt.

1) So auch Planck, a. a. O., Bd. 2, S. 400; Dernburg, Da Bürgerliche Recht, a. a. O., Bd. 2^2, S. 489, Anm. 16.

2. Diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten, die das Gesetz nicht missbilligt.

Die zweite Gruppe von Naturalobligationen im BGB. bilden diejenigen, die das Gesetz nicht missbilligt.

Es gehört dahin die einem verjährten Anspruch (BGB. 194) entsprechende Verpflichtung, sowie die Ausstattungspflicht.

§ 11.

In Bezug auf erstere enthält das BGB. in § 222 die Bestimmung:

„Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern".

Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete, kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist.

Das Gleiche gilt von einem vertragsmässigen Anerkenntnisse, sowie einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten."

Diese Naturalobligation unterscheidet sich ihrem Wesen nach in doppelter Hinsicht von der oben behandelten Gruppe:

Während bei dieser von vornherein keine vollgültige Verpflichtung bestanden hat, liegt dem verjährten Anspruch ein vollkommenes Schuldverhältnis zu Grunde.

Während ferner bei den bisher behandelten natürlichen Verbindlichkeiten eine Klage nicht angängig war, vielmehr, wenn sie angestrengt wurde,

vom Richter, wie oben dargetan, von Amtswegen zurückgewiesen werden musste, steht hier, wie gleichfalls schon angedeutet, einer wirksamen Erhebung der Klage an sich nichts im Wege. Eine richterliche Abweisung der Klage von Amtswegen darf also nicht erfolgen. Es kann sogar im Versäumnisverfahren eine Verurteilung erfolgen, selbst wenn der Kläger die Verjährung zugibt.[1]

Es fragt sich nur, ob die erhobene Klage trotzdem zu einem Resultat führen kann.

Und dies liegt ganz in Händen des Beklagten. § 222 Abs. 1 BGB. gibt ihm eine Einrede, vermittelst deren er jede gegen ihn erhobene Klage zu nichte machen kann. Und deshalb haben wir es auch hier mit einer Naturalobligation zu tun, ungeachtet dessen, dass der Anspruch klagbar ist Er ist zwar klagbar, nicht jedoch im Wege der Klage erzwingbar, worauf es hier ankommt. Wenn der Kläger mit seiner Klage durchdringt, so kann dies nur geschehen für den Fall, dass der Beklagte entweder von der Möglichkeit, die Verjährungseinrede vorzuschützen, nichts weiss, oder auf dieselbe verzichtet hat, aber niemals gegen seinen ausdrücklichen Willen.

Das Schuldverhältnis ist also nicht erzwingbar, obwohl es immerhin ein Schuldverhältnis ist.

Auch hier ist die Frage aufzuwerfen, warum das Gesetz für diese Ansprüche einen Zwang im Wege der Klage ausschliesst.

Diese Frage ist dahin zu beantworten, dass das

1) So auch Cosack, a. a. O., S. 265.

BGB. mit dieser Bestimmung einer Störung des Rechtsfriedens entgegentreten will, und zwar sowohl im öffentlichen Interesse als auch ganz besonders im Interesse des Schuldners. Wenn ein Anspruch lange Zeit hindurch nicht ausgeübt ist, so liegt die Wahrscheinlichkeit nahe, dass er entweder gar nicht entstanden oder erloschen ist. Es wäre unbillig, wenn man jetzt noch dem Schuldner zumuten wollte, sich zum Zwecke seiner Verteidigung auf den nach Ablauf langer Zeit meist schwierigen Beweis des Nichtbestehens des Anspruchs einzulassen. Es wird ihm deshalb einfach eine Einrede gewährt, durch deren Vorschützen er jede klageweise Durchsetzung des Anspruchs seines Gegner vereiteln kann.[1]

Trotzdem das Gesetz eine zwangsweise Durchsetzung des verjährten Anspruchs im Wege der Klage nicht zulässt, erkennt es das Verhältnis doch als Schuldverhältnis an. Dies geht einmal aus Abs. 1 des § 222 hervor, der von einem Erlöschen des Anspruchs nach der Vollendung der Verjährung nicht spricht, sondern dem Verpflichteten nur das Recht gewährt, die Leistung zu verweigern, sodann aber auch aus Abs. 2, der die Erfüllbarkeit dieser Obligation statuiert: Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden. Gleichgültig ist dabei, ob die Leistung in Kenntnis oder in Unkenntnis der Ver-

1) Ähnlich Planck, a. a. O., Bd. 1, S. 272, 243; auch Endemann, — a a. O., S. 586 — meint: „Der durch längere Zeit befestigte Rechtszustand soll durch vergilbte Ansprüche nicht beunruhigt werden." Ähnlich auch Kuhn, a. a. O, S. 50.

jährung bewirkt ist. In ersterem Falle handelt es sich um Erfüllung der betreffenden Schuld, nicht um eine Schenkung; in letzterem ist keine condictio indebiti gegeben. Dies steht im Widerspruch zu der Bestimmung des § 813 BGB. Satz 1, wonach das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete auch dann zurückgefordert werden kann, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde. Auch die Verjährungseinrede ist eine derartige peremtorische Einrede. Deshalb war eine besondere Bestimmung erforderlich, die die Vorschriften des § 222 Abs. 2 für unberührt erklären musste. Diese enthält § 813 Abs. 1 Satz 2.

Auch aus den weiteren Bestimmungen des Abs. 2, sowie denen des § 223, die unten des näheren zu besprechen sind, geht hervor, dass das Gesetz trotz Eintritt der Verjährung das Vorhandensein einer Verbindlichkeit anerkennt.

Auch hier steht, wie bei der oben behandelten Gruppe der Naturalobligationen, dem Geleisteten dasjenige gleich, was dieselbe rechtliche Wirkung wie die Leistung hat, nämlich die Annahme an Erfüllungsstatt, die Hinterlegung bei Ausschluss der Rücknahme, sowie die vertragsmässige und einseitige passive Aufrechnung.

Die Wirkung einer verjährten Forderung kann jedoch noch weiter gehen. Eine einseitige, aktive Aufrechnung war, wie ausgeführt, bei den bisher behandelten Naturalobligationen ausgeschlossen.

Anders liegt der Fall unter Umständen bei einem verjährten Anspruch. In Bezug auf diesen enthält das BGB. eine Sonderbestimmung in § 390 Satz 2. Dieser besagt nämlich im Gegensatz zu den Motiven, die die Aufrechnung mit einer Naturalobligation für ausgeschlossen erklären:[1]

„Die Verjährung schliesst die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war."

Daraus folgt, dass, wenn die Forderung zu jener Zeit auch bereits verjährt war, eine Aufrechnung mit derselben ausgeschlossen ist.

Eine Spezialvorschrift enthält § 479 BGB. Danach kann der dem Käufer zustehende Anspruch auf Schadensersatz nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher dem Verkäufer den Mangel angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesandt oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat, also nicht schon ohne weiteres, wenn der Anspruch zu der Zeit, zu welcher er gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Es müssen die oben genannten Handlungen hinzukommen. Diese Vorschrift bezweckt, dem vorzubeugen, dass der Käufer den besonderen Zweck der für diesen Fall in § 477 bestimmten

1) Motive, a. a. O., Bd. 2, S. 106.

kurzen Verjährung zu vereiteln in der Lage ist.[1] Denn bei Nichtbestehen dieser Bestimmung könnte er trotz der Verjährung nach § 390 Satz 2 den Anspruch auf Schadensersatz gegen die Kaufpreisforderung aufrechnen.

Die Vorschriften des § 479 finden nach § 639 BGB. auf die Verjährung der im § 638 bezeichneten Ansprüche des Bestellers entsprechende Anwendung.

Bei arglistigem Schweigen des Verkäufers tritt nach § 479 Satz 2 jene für diesen günstige Beschränkung des Aufrechnungsrechts des Käufers nicht ein. Letzterer kann in diesem Falle auch aufrechnen mit seiner verjährten Forderung, ohne dass er jene Handlungen vorgenommen hat. Natürlich müssen die Voraussetzungen des § 390 Satz 2 erfüllt sein. Eine Sonderbestimmung war für diesen Fall nicht erforderlich, da die kurzen Verjährungsfristen nach § 477 ohnedies nicht Platz greifen, wenn beim Verkäufer arglistiges Schweigen vorliegt.

Das Gleiche gilt nach § 490 Abs. 3 Satz 2 für den Anspruch auf Schadensersatz beim Viehkauf. Also auch hier findet § 390 Anwendung.

Eine Sondervorschrift enthält § 222 Abs. 2 Satz 2 für die Sicherheitsleistung des Verpflichteten bei einem verjährten Anspruch. Diese ist nach der genannten Bestimmung ebenso zu behandeln, wie das zur Befriedigung des verjährten Anspruchs Geleistete. Sie kann also nicht zurückgefordert werden, selbst dann nicht, wenn sie in Unkenntnis der Verjährung erfolgt ist. Das Gesetz macht keinen Unter-

1) So Planck, a. a. O., Bd. 2, S. 260.

schied, in welcher Weise die Sicherheitsleistung bewirkt worden ist. Mag sie nun geschehen sein in Form der Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, mag sie es sein in Form der Einräumung eines Pfandrechts oder einer Hypothek, in allen Fällen ist es dem Leistenden versagt, die erfolgte Sicherheitsleistung rückgängig zu machen. § 222 Abs. 2 Satz 2 spricht allerdings nur von einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten; doch es ist anzunehmen, dass die Bestimmung auch auf die durch einen Dritten für den Verpflichteten erfolgende Sicherheitsleistung auszudehnen ist.[1]

Während der Mangel der Klage bei den bisher behandelten Naturalobligationen durch Eingehung eines abstrakten Schuldanerkenntnisses nicht beseitigt werden konnte, ist für die Verjährung im § 222 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich bestimmt, dass von einem vertragsmässigen Anerkenntnisse das Gleiche gilt, wie von der Leistung zur Befriedigung des verjährten Anspruchs. Es begründet also ein derartiges Anerkenntnis eine volle Verbindlichkeit. Seine Aufhebung kann nicht verlangt werden. Es genügt jedoch nicht ein einseitiges Anerkenntnis seitens des Verpflichteten im Sinne des § 208 BGB., das eine Unterbrechung der Verjährung zur Folge hat. § 222 Abs. 2 erfordert vielmehr ein „vertragsmässiges" Anerkenntnis.

Es ist nun bestritten, ob das Gesetz darunter ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB,

1) Ebenso Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O., Bd. 1. S. 535, Anm. 8.

versteht, ob also Schriftform für die Anerkennungserklärung erforderlich ist, oder ob ein formloser Vertrag für genügend zu erachten ist.

Die überwiegende Ansicht schliesst sich der ersten Auslegung an, verlangt also ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB.[1]

Anderer Meinung sind Dernburg[2], Rehbein[3] und Scherer[4]. Diese halten eine Form nicht für notwendig.

Die herrschende Ansicht dürfte allein zutreffend sein. Denn das Gesetz verlangt in § 222 Abs. 2 Satz 2 „ein vertragsmässiges Anerkenntnis." Ein derartiges Anerkenntnis erklärt es aber in § 781 nur für gültig bei schriftlicher Erteilung der Anerkennungserklärung. Es versteht also unter einem gültigen, vertragsmässigen Anerkenntnisse nur ein solches, bei dem bezüglich der Anerkennungserklärung die Schriftform gewahrt ist. Allerdings bringt es, wenn es mit dem Worte „Anerkenntnis" ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 meint, dies vielfach entweder zum Ausdruck, wie z. B. in den Fällen der §§ 518, 2301 BGB., oder gebraucht wenigstens die in § 781 aufgestellte technische Be-

1) Vgl. Cretschmar, a. a. O., S. 68; Crome, a. a. O., Bd. 1, S. 521, Anm. 10; Endemann, a. a. O., S. 563, Anm. 8; Enneccerus-Lehmann, a. a. O., Bd. 1[1], S. 352, Anm. 5; Gareis, Der Allg. Teil des BGB., S. 257; Hölder, Kom. zum allgem. Teil des BGB., S. 450; Matthiass, a. a. O., S. 288; Meisner, a. a. O., Bch. 1, S. 191; Neumann, a. a. O., S. 120.

2) Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O., Bd. 1, S. 535, Anm. 7.

3) Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen, Bd. 1, S. 333.

4) Scherer, Allgem. Teil, a. a. O., S. 469.

zeichnung „Schuldanerkenntnis", wie es in den Fällen der §§ 762 Abs. 2, 656 Abs. 2 geschehen ist. Doch es finden sich auch Fälle, in denen das Gesetz sich dieser Sprachweise nicht bedient, in denen es nicht einmal von „Anerkenntnis", sondern nur von „Anerkennung" spricht und trotzdem damit ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB. meint. Dies geschieht z. B. in § 812 Abs. 2, sowie in § 405. Ähnlich liegt der Fall des § 847 Abs. 1 Satz 2 und der des § 1300 Abs. 2.

Wird das Schuldanerkenntnis auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs erteilt, so ist natürlich auch hier, wie aus § 782 BGB. hervorgeht, die Beoabachtung der vorgeschriebenen schriftlichen Form nicht erforderlich. Dasselbe gilt, wenn das Anerkenntnis auf Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist nach § 350 HGB., es sei denn, dass der Schuldner ein Minderkaufmann im Sinne des § 4 HGB. ist.

Bei denjenigen natürlichen Verbindlichkeiten, die das Gesetz missbilligt, kann, wie dargetan, der Gläubiger auch nicht im Wege indirekten Zwanges zu seiner Befriedigung gelangen. Namentlich gilt dies von einem Faustpfande sowie einer Hypothek. Anders verhält es sich hier. Eine Pfand- und Hypothekenbestellung ist gültig. Selbstverständlich ist dies, wenn sie vor Vollendung der Verjährung erfolgt. Aber auch nach diesem Zeitpunkte ist die Zulässigkeit, wie oben ausgeführt, durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift anerkannt; denn ein

derartiges Rechtsgeschäft stellt sich als besondere Art einer Sicherheitsleistung dar.[1]

Eine in dieser Weise gültig erfolgende Bestellung eines Pfandrechts oder einer Hypothek gibt dem Gläubiger, trotzdem sein Anspruch verjährt ist, eine Handhabe, im Wege indirekten Zwanges zu seiner Befriedigung zu gelangen. Dies wird ausdrücklich in § 223 Abs. 1 anerkannt:

„Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen."

§ 223 Abs. 1 enthält für die Verjährungseinrede eine Ausnahme von den in §§ 1137, 1211 BGB. genannten Einreden;[2] denn sonst könnte der Eigentümer bezw. Pfandschuldner die dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden geltend machen, auch die der Verjährung.

§ 1169 BGB giebt dem Eigentümer das Recht zu verlangen, dass der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, wenn ihm, dem Eigentümer, eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird. Ähnlich kann nach § 1254 BGB. der Verpfänder die Rückgabe des Pfandes verlangen, wenn er gegenüber dem Pfandrecht eine peremtorische Einrede hat

1) Es ist also nicht richtig, wenn Buchka — a. a. O., S. 251 — meint: „Naturalobligationen als genügende Grundlagen für die Bestellung eines Pfandes kennt das BGB. nicht."

2) Vgl. Crome, a. a. O., Bd. 1, S. 522, Anm. 17.

Beide Vorschriften werden durch § 223 für den Fall der Verjährung ausser Kraft gesetzt.[1]

Durch die Vorschriften des § 223 werden jedoch die Bestimmungen des § 886 nicht berührt.[2] Ist also der Anspruch nur durch eine Vormerkung gesichert, so kann, wenn er verjährt ist, derjenige, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen.

Den in § 223 Abs. 1 ausgesprochenen Gedanken enthält auch Abs. 2, wonach die Rückübertragung eines Rechts, das zur Sicherung eines Anspruchs übertragen worden ist, nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden kann. Es handelt sich hier um fiduziarische Rechtsgeschäfte, z. B. Übertragung des Eigentums an einer Sache, Abtretung einer Forderung, beides aber lediglich zum Zwecke der Sicherung.

Es finden nach § 223 Abs. 3 BGB. die genannten Vorschriften des Abs 1 und Abs. 2 keine Anwendung bei Verjährung von Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen. Bei derartigen Ansprüchen kann also der Gläubiger nach Eintritt der Verjährung seine Befriedigung aus einer etwa zu ihrer Sicherung bestellten Hypothek oder einem etwa bestellten Faustpfand nicht suchen. Es behalten hier die Vorschriften der §§ 1137, 1211

---

1) Ebenso Planck. a. a. O., Bd. 1, S. 274.

2) Ebenso Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O., Bd. 1, S. 535, Anm. 9; Planck, a. a. O., Bd. 1, S. 274; Neumann a. a. O., S. 120; Rehbein, a. a. O., S. 334.

sowie 1169, 1254 ihre Geltung. Ist dem Gläubiger ein Recht zur Sicherung übertragen, so kann die Rückübertragung desselben nach Eintritt der Verjährung auf Grund derselben gefordert werden.

Es ist nunmehr noch festzustellen, welche rechtliche Wirkung eine bestellte Bürgschaft noch besitzt, wenn die Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt war, verjährt ist. Man könnte annehmen, dass Entsprechendes gilt wie für die Pfandbestellung, dass es also auch nach Vollendung der Verjährung dem Gläubiger unbenommen bleibt, sich an den Bürgen zu halten. Dem steht jedoch BGB. § 768 entgegen. Hiernach kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen, also auch die Einreden der Verjährung. Er behält die Einrede nach § 768 Abs. 2 auch in dem Fall, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet, was, wie oben erwähnt, bei der Verjährung zulässig ist.

Von der Vertragsstrafe redet das Gesetz nicht. Es ist daher anzunehmen, dass eine vollgültige Vereinbarung derselben für eine verjährte Forderung nicht möglich ist, weil § 339 BGB. eine klagbare Verbindlichkeit voraussetzt.[1]

Schliesslich ist es noch als eine Wirkung des verjährten Anspruchs zu bezeichnen, dass er in einigen Fällen als peremtorische Einrede benutzt werden kann.[2]

So kann nach § 821 BGB., wer ohne rechtlichen

1) Derselben Ansicht: Endemann, a. a. O., S. 764, Anm. 8. Abw. Cromé, a. a. O., Bd. 2, S. 212.

2) So Matthiass, a. a. O., S. 289.

Grund eine Verbindlichkeit eingeht, die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist.

Nach § 853 kann, wenn jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten erlangt hat, der Verletzte die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist.

Ähnlich kann nach § 478 der Käufer, wenn er vor Vollendung der Verjährung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Minderung bestimmte, bereits oben genannte Handlungen vorgenommen hat, auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Die Vorschriften des § 478 finden nach § 639 BGB. für den Werkvertrag auf die Verjährung der im § 638 BGB. bezeichneten Ansprüche des Bestellers entsprechende Anwendung.

Schliesslich kann beim Viehkauf der Käufer gemäss § 490 Abs. 3 BGB. auch nach der Verjährung des Anspruchs auf Wandelung die Zahlung des Kaufpreises verweigern.

§ 12.

Endlich enthält das BGB. eine natürliche Verbindlichkeit in § 1624. Es handelt sich hier um die sogenannte Ausstattung.

Was darunter zu verstehen ist, gibt das Gesetz selber an. Es umfasst eine Ausstattung alles, was

einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird. Alles dies soll nach § 1624 BGB., auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung gelten, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Mass übersteigt.

Der Fall, dass eine Verpflichtung besteht, wie sie gesetzlich in Betreff der Aussteuer des § 1620 BGB. anerkannt ist, und wie sie rechtsgeschäftlich in einem Ausstattungsversprechen zu suchen sein wird,[1] ist hier auszuscheiden. Denn es handelt sich in den genannten Fällen um eine vollkommene Obligation, die im Wege der Klage erzwingbar ist

Wir haben es hier nur mit dem Fall zu tun, dass eine derartige Verpflichtung nicht besteht. Hier liegt eine Naturalobligation vor.[2] Es steht damit nicht im Widerspruch, dass, wie das BGB. sich ausdrückt, eine Verpflichtung nicht besteht. Man könnte annehmen, dass bei Nichtbestehen einer Verpflichtung auch von einer Naturalverpflichtung nicht die Rede sein kann. Doch wie das BGB. unter einer „Verbindlichkeit" nur die klagbare versteht, so ist analog anzunehmen, dass es unter „Verpflichtung" nur die im Wege der Klage erzwingbare

1) So Opet, Das Verwandschaftsrecht des BGB., S 144

2) Übereinstimmend, die Motive — a. a. O., Bd. 4. S. 719 — die hier von einer „unvollkommenen Pflicht" reden.

Verpflichtung versteht; man kann hier überhaupt „Pflicht" und „Verbindlichkeit" identifizieren.[2]

Es besteht hier also keine Rechtspflicht. Und wenn keine rechtliche Verpflichtung besteht, so liegt die Möglichkeit nahe, dass der sittlich Verpflichtete in Anbetracht dessen sich auch der sittlichen Pflicht entziehen werde. „Habsucht und Egoismus kann" — um mit Dernburg[2] zu reden — „die Liebe und das Anstandsgefühl der Eltern zurückdrängen." „Soll dann" — so fragen wir uns mit Dernburg — „was ihre väterliche Schuldigkeit ist, zur Rechtspflicht gemacht werden, so dass die unschöne Klage des Kindes gegen die Eltern stattfindet?"

Diese Frage ist der Bestimmung des BGB. gemäss zu verneinen.

Über den Grund, weshalb man sich veranlasst fühlte, dem Ausstattungsanspruch die Klage zu versagen, äussern sich in ausführlicher Weise die Motive.[3] Sie heben dabei besonders dreierlei hervor:

1. Da sich das Mass der Ausstattung schwer bestimmen liesse, käme es notwendigerweise zu Verhandlungen über die Höhe des Vermögens; derartige Verhandlungen würden aber zu grossen Unzuträglichkeiten führen, insbesondere könnten sie den Kredit der Eltern gefährden.

Dieser Grund kann jedoch schwerlich ausschlaggebend gewesen sein; denn sonst dürften ja über-

1) So auch Opet, a. a. O., S. 139.
2) Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O., Bd. 4, S. 236.
3) Motive, a. a. O., Bd. 4, S. 717.

haupt keine Prozesse zulässig sein, bei denen es zu einer Vermögensfeststellung kommt, da in allen Prozessen dieser Art die Möglichkeit einer Kreditgefährdung vorliegt.

2. Es läge kein Bedürfnis vor, die Ausstattungspflicht zu einer Rechtspflicht zu erheben, indem darauf vertraut werden könne, dass die Eltern sich regelmässig aus eigenem Antriebe der Erfüllung der Ausstattungspflicht unterziehen würden. Dies werde dadurch bestätigt, dass in Gebieten, in denen der Anspruch auf Ausstattung klagbar sei, Prozesse, die die Erfüllung der Verpflichtung zur Ausstattung zum Gegenstande hätten, nur selten seien.

Doch hierin dürfte wohl ein Äquivelent für die Klage liegen, nicht jedoch ein Grund für den Ausschluss derselben.

3. Schliesslich seien Prozesse zwischen Eltern und Kindern ohne dringende Gründe überhaupt nicht zuzulassen. Dies sei von wohltätigem Einfluss auf die häusliche Zucht und Ordnung; denn das Gefühl der Abhängigkeit werde durch die Nichtanerkennung der Ausstattungspflicht als einer Rechtspflicht gestärkt.

Das eine Element der Naturalobligation, die Klaglosigkeit, finden wir also in § 1624; denn es besteht keine „Verpflichtung".

Es findet sich in jener Vorschrift auch das andere Kriterium einer Naturalobligation: Die Erfüllbarkeit. Das Zugewandte gilt nicht als Schenkung. Die Leistung stellt sich dar als eine solche, die einer

sittlichen Pflicht entsprach.[1] Daher ist sie nach § 814 BGB. nicht kondizierbar, gleichgültig, ob der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder ob er keine Kenntnis davon hatte.

Als Leistung gilt nach § 812 Abs. 2 BGB. auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.[2] Ein Schuldanerkenntnis, das auf Grund einer Ausstattungspflicht erfolgt, ist demnach gültig. Dasselbe gilt von einem negativen Anerkennungsvertrag im Sinne des § 397 Abs. 2 BGB.

Es fragt sich schliesslich, ob die Naturalverpflichtung der Ausstattung eine genügende Grundlage für die accessorischen Rechtsgeschäfte der Vertragsstrafe, Bürgschaft und Pfand- oder Hypothekenbestellung bildet.

Man könnte geneigt sein, mit Rücksicht darauf, dass die natürliche Verbindlichkeit der Ausstattung vom Gesetz nicht missbilligt, vielmehr begünstigt wird, anzunehmen, dass der vollgültigen Begründung derartiger Rechtsgeschäfte nichts im Wege steht, wie auch bei der Verjährung wenigstens Bestellung eines Pfandrechts und einer Hypothek als besondere Arten einer Sicherheitsleistung zugelassen sind. Jedoch, wenn bei der Verjährung derartige Rechtsgeschäfte vollgültig vorgenommen werden können, so beruht dies darauf, dass ihre Zulässigkeit aus-

1) Dies betont besonders Ubbelohde in Jherings Jahrbüchern, a. a. O., S. 221.

2) Dies hebt auch Stammler, a. a. O., S. 30 hervor.

drücklich vom BGB. (§ 222 Abs. 2 Satz 2) anerkannt ist. Für die Ausstattungspflicht besteht eine direkte gesetzliche Bestimmung dieser Art nicht. Da nun das Gesetz, wie oben ausgeführt, als notwendige Voraussetzung für alle diese accessorischen Rechtsgeschäfte eine „Verbindlichkeit" bezw. „Forderung", d. h. eine klagbare Verbindlichkeit bezw. klagbare Forderung verlangt, so ist anzunehmen, dass der nicht klagbare Ausstattungsanspruch keine genügende Grundlage für eine Vertragsstrafe, Bürgschaft, Pfand- oder Hypothekenbestellung bildet.[1]

Als Naturalobligation ist die Ausstattung nur anzusehen, wenn sie von Seiten der Eltern erfolgt. Wird sie von Grosseltern oder sonstigen Verwandten gewährt, so besteht keine natürliche Verbindlichkeit, sondern stets Schenkung.[2]

Ebensowenig besteht bei der durch die Eltern erfolgenden Ausstattung eine natürliche Verbindlichkeit, soweit diese Ausstattung das den Umständen entsprechende Mass übersteigt. Insoweit soll eine Schenkung als vorliegend erachtet werden. Für diesen Mehrbetrag finden alsdann die Vorschriften über Schenkungen Anwendung.

1) Für die Unzulässigkeit einer Vertragsstrafe spricht sich Endemann — a. a. O., S. 764, Anm. 8 — aus, für die einer Bürgschaft Crome — a. a. O. Bd. 2, S. 869 — und Scherer — Schuldverhältnisse, a. a. O., S. 1083. — Diese reden dabei von sittlichen Pflichten im Allgemeinen. Da jedoch die Ausstattungspflicht als eine besondere Art einer sittlichen Pflicht aufzufassen ist, so muss das, was von der sittlichen Pflicht im Allgemeinen gilt, auch für die Ausstattungspflicht Geltung haben.

2) Dies nimmt auch Enneccerus-Lehmann, a. a. O., Bd. 2, S. 384 an.

Nur eine Vorschrift über Schenkungen findet auch für den Fall Anwendung, dass eine Schenkung nicht als vorliegend erachtet wird. Es bestimmt sich nämlich nach § 1624 Abs. 2 auch hier die Verpflichtung des Ausstattenden zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Recht oder wegen eines Fehlers der Sache nach den für die Gewährleistungspflicht des Schenkers geltenden Vorschriften.

III. Schluss.

§ 13.

Man hat in der gemeinrechtlichen Litteratur versucht, das Wesen der Naturalobligationen nach einheitlichen Gesichtspunkten zu erklären und ist bei dieser Untersuchung zu den verschiedensten Resultaten gekommen. Es seien die wichtigsten Ansichten hier angeführt.

Weber[1] sucht das Wesen dieser Erscheinungen im Naturrecht. Er präzisiert seine Ansicht etwa folgendermassen:

> Eine natürliche Verbindlichkeit sei vorhanden, wenn die Verbindlichkeit sich gründe in dem Rechte der gesunden Vernunft, in den Gesetzen, welche, wie der Apostel sage, den Menschen ins Herz geschrieben seien dergestalt, dass sie auch ohne Vorschrift der bürgerlichen Gesetze vorhanden sein würde. Wenn nun eine derartige Verbindlichkeit durch die Bestimmungen des positiven Rechts ein-

1) Weber, Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit S. 9.

geschränkt werde, indem sie den völligen gerichtlichen Effekt nicht hervorbringe, so erkläre sich diese Erscheinung damit, dass alle Quellen des positiven Rechts als menschliche Anstalten unter dem Gesetze der gesunden Vernunft ständen.[1] Wenn der Zweck der bürgerlichen Sozietät bald diese, bald jene Einschränkung der natürlichen Freiheit erfordere, so gebe auch selbst das auf den Staat angewandte Vernunftrecht dem Gesetzgeber die Befugnis, dies oder jenes anzuordnen, was ausser dem Staate nicht recht sein würde.

Seine Ansicht galt bereits in der Mitte des vorigen Jahrhunderts als ziemlich allgemein verworfen.[2]

Gleich Weber lehnt sich Savigny bei seinen Erklärungen an die Bezeichnung „naturalis obligatio" an.[3] Savigny teilt die Obligationen ein in solche, die ihren Ursprung im jus gentium, und solche, die ihn im jus civile haben:

Von den ersteren seien die meisten im jus civile anerkannt, und ihre Anerkennung bestehe in der ihnen beigelegten Klagbarkeit. Einige seien jedoch nicht anerkannt, und diese versagte Anerkennung zeige sich in der Klaglosig-

---

1) Ebenda, S. 177 ff., 333 ff.

2) So meint Schwanert — Die Naturalobligationen des Römischen Rechts, S. 20: — „Eine Rechtfertigung für die Zurückweisung dieses Naturrechts wird hier Niemand erwarten, da heutzutage wohl schwerlich noch irgend Jemand dasselbe aufrecht zu erhalten sich bemühen wird."

3) Savigny, a. a O., S. 35.

keit. Die letzteren würden nach dem weit überwiegenden Sprachgebrauch als „obligationes naturales" bezeichnet.

Er betrachtet also die Naturalobligationen als nicht vom jus civile anerkannte Obligationen des jus gentium und erklärt den Ausschluss der Klage mit der Nichtanerkennung durch das jus civile.

Widerlegt wird Savigny von Scheurl.[1]

Brinz[2] unterscheidet obligationes, die als obligationes naturales entstehen, und solche, die als naturales übrig bleiben:

Bei ersteren sei der Grund für den Mangel der Klage auf Seite der Person zu suchen, bei letzteren darin, dass die civilis obligatio zwar getilgt, aber nicht erfüllt sei. Wenn die obligatio naturalis trotz mangelnder Klage dennoch in gewissen Beziehungen als Obligation anerkannt würde, so sei der Grund überall Vernunft (ratio) oder Billigkeit (aequitas).

Doch in treffender Ausführung wird diese von Brinz aufgestellte Theorie von Schwanert[3] widerlegt. Letzterer scheidet die Fälle des „naturaliter debere ohne obligatorische causa" aus[4] und verlangt, wie für die obligationes civiles, so auch für die „obligationes tantum naturales" eine obligatorische causa.[5]

1) Scheurl in der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, I, S. 496 ff.

2) Brinz, a. a. O., S. 42 ff.

3) Schwanert, a. a. O., S. 51—57.

4) Ebenda S. 94—154.

5) Ebenda S. 157.

In Bezug auf die Begründung stellt er also die naturalen Obligationen den civilen vollkommen gleich. „Ob in einem konkreten Fall", so fährt er fort, (S. 157) „auf Grund eines Obligierungsaktes oder überhaupt einer obligatorischen causa eine civilis oder nur eine naturalis obligatio entsteht, kann daher nur von anderen der causa hinzutretenden resp. nicht hinzutretenden Umständen abhängen."

Windscheid[1] geht aus von dem Gegensatz zwischen der juristischen und natürlichen Auffassung:

> Es gebe Verbindlichkeiten sowohl für die juristische als auch für die natürliche Auffassung. Es seien hier einerseits die Verbindlichkeiten auszuscheiden, die solche wären zugleich für juristische und natürliche Auffassung, andererseits diejenigen „(bloss -) natürlichen", die dem Rechte gleichgültig seien und blieben z. B. Verhältnisse, die man im Leben als Verbindlichken bezeichne, ohne dass sie es seien, wie Redensarten: Wer im Spiel gewonnen hat, ist Revanche schuldig; einen Besuch schuldig sein u. s. w. Alle übrigen Verbindlichkeiten, die nicht unter diese beiden auszuscheidenden Kategorien fielen, seien das, was man mit „natürlichen Verbindlichkeiten" zu bezeichnen pflege, eben deswegen, weil sie der natürlichen Auffassung entsprächen.

Windscheid gibt damit wohl eine Erklärung für den Namen, jedoch keine Begründung dafür, weshalb das Recht diese natürlichen Verbindlich-

1) Windscheid, a. a. O., Bd. 2, S. 161.

keiten nicht voll anerkennt. Deshalb meint Dernburg[1] mit Recht, es bleibe noch immer die Frage, wie es komme, dass sich das Recht die natürliche Auffassung nicht voll aneigne.

Dernburg[2] sieht den Grund dieser Erscheinungen in dem Gegensatz zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und dem Staate:

> Gewissen Verbindlichkeiten, die von der bürgerlichen Gesellschaft anerkannt würden, und zwar teils mit Rücksicht auf merkantilen Kredit und Ruf, teils als Postulate der Sitte und des Anstands, versage der Staat, obwohl er sie in mancher Hinsicht anerkenne, aus rechtspolitischen Gründen die Klage.

§ 14.

Von allen diesen Theorien kann für die Verhältnisse des BGB. allein noch in Betracht kommen die von Dernburg aufgestellte. Wir wollen in folgendem untersuchen, ob sie tatsächlich auch noch für das BGB. Geltung hat.

Gehen wir zunächst zur Behandlung des positiven Moments über:

„Gewisse Verbindlichkeiten", so meint Dernburg, „respektiert die bürgerliche Gesellschaft teils mit Rücksicht auf merkantilen Kredit und Ruf, teils als Postulate der Sitte und des Anstands."

Es kommen hier in Frage die natürlichen Verbind-

---

1) Dernburg, Pandekten, Bd. 2, S. 9, Anm. 5.
2) Ebenda Bd. 2. S. 9.

lichkeiten: Spiel, Ehemäklerlohn, Verjährung und Ausstattung. Dass diese sämtlichen Verbindlichkeiten von der bürgerlichen Gesellschaft respektiert werden, wird niemand bezweifeln, und zwar beruht diese Anerkennung auf dem Gedanken, dass es ein Verstoss gegen die Anforderungen, die Anstand und gute Sitte an die menschliche Gesellschaft stellen, bedeuten würde, wenn man sich der Erfüllung jener Pflichten entziehen wollte:

Spielschulden werden als „Ehrenschulden" bezeichnet.

Mag es ferner freilich nicht zu billigen sein, wenn sich jemand mit einem Ehemäkler eingelassen hat, so hiesse es doch, sich über jegliches Anstandsgefühl hinwegsetzen, wenn jemand dem Ehemäkler, nachdem dieser ihm seine Dienste nach bestem Wissen und Gewissen geleistet hat, den versprochenen Lohn verweigern wollte. Die Leistung desselben ist, wenn er einmal versprochen ist, ein Gebot des Anstandes und der Ehrenhaftigkeit[1]

Als „Anstandspflicht jedes gewissenhaften Mannes" wird es weiterhin von Crome[2] bezeichnet, auch eine verjährte Verbindlichkeit zu erfüllen.

Ein besonderes Beispiel einer sittlichen Pflicht ist schliesslich der Fall des § 1624 BGB.[3]

---

1) So Dernburg, Das Bürgerliche Recht, a. a. O., Bd. 2^2, S. 489.

2) Crome, a. a. O., Bd. 1, S. 521.

3) So äussert sich ausdrücklich Ubbelohde in Jherings Jahrbüchern, a. a. O., S. 221. Auch die Motive — a. a. O., Bd. 4, S. 718 — enthalten diesen Gedanken: „Wenngleich der Entwurf

Wir können also sagen, dass sämtliche Naturalobligationen des BGB. solche Verbindlichkeiten sind, die auf einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht beruhen.[1]

Die Entscheidung der Streitfrage, ob unter einer sittlichen Pflicht die auf „Sitte" oder die auf „Sittlichkeit" beruhende Pflicht zu verstehen ist, ist für unsere Erörterung belanglos; denn als sittliche Pflicht kommt allein die Ausstattung in Betracht. Die Gewährung einer Ausstattung entspricht jedoch sowohl der Sitte, als auch dem Sittlichkeitsgefühl.

Der von Dernburg aufgestellte Satz, dass zu den natürlichen Verbindlichkeiten diejenigen gehören, die die bürgerliche Gesellschaft als Postulate der Sitte und des Anstands respektiere, trifft also für unsere Naturalobligationen zu. Der Gesichtspunkt des merkantilen Kredits und Rufs muss dagegen fortfallen.

Es ist nunmehr noch zu erörtern, wie es mit dem negativen Merkmale steht:

Der Staat verschliesst jenen Verbindlichkeiten die Klage aus rechtspolitischen Gründen.

Welches die Gründe im Einzelnen sind, ist oben

---

die Rechtspflicht der Ausstattung verneint, so ist es doch im Hinblick auf das bestehende Recht, auf die bestehende Sitte und den Charakter der Ausstattungsgewährung als einer sittlichen Pflicht für angemessen erachtet, die Wirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte . . . . zu begünstigen.

1) So spricht Scherer — Schuldverhältnisse a. O. S. a. 644 — direkt aus, dass das BGB. im § 814 eine Definition der natürlichen Verbindlichkeit gebe. Ähnlich bezeichnet Stammler — a. a. O., S. 30 — sittliche Pflicht und auf den Anstand zu nehmende Rücksicht als zwei Kriterien für natürliche Verbindlichkeiten.

festgestellt worden. Sie mögen hier der Übersicht halber kurz zusammengestellt werden:

Beim Spiel war es die grosse wirtschaftliche und sittliche Gefahr, die den Gesetzgeber veranlasste, die Klage zu versagen.

Beim Ehemäklerlohn bezweckte er, die ärgernis-erregenden Prozesse abzuschneiden.

Verjährte Ansprüche sollen im Interesse des Rechtsfriedens nicht eingeklagt werden dürfen.

Bei der Ausstattung schliesslich war für ausschlaggebend erachtet worden die Absicht, Prozesse zwischen Eltern und Kindern im Interesse der häuslichen Zucht und Ordnung zu verhindern.

Es fragt sich, ob man berechtigt ist, diese Gründe als „rechtspolitische" Gründe im Sinne von Dernburg aufzufassen. Und diese Frage dürfte zu bejahen sein.

So sehen wir denn, dass die Erklärung, die Dernburg für die Naturalobligationen des römischen Rechts gibt, auch auf die natürlichen Verbindlichkeiten des BGB. anwendbar ist.

Es besteht auch hier ein Gegensatz zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und dem Staate. Was jene als Postulate der Sitte oder des Anstands respektiert, erkennt dieser aus rechtspolitischen Gründen nicht in vollem Umfange an, indem er den Weg der Klage verschliesst.